

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

Inhoud

Nederlandse samenvatting.....	5
English summary.....	15
1. Inleiding	25
1.1 Big Data.....	25
1.2 Het spanningsveld tussen het procesrecht en de Big Data praktijk.....	31
1.3 Alternatieve benaderingen in het procesrecht	37
1.4 Knelpunten en dilemma's.....	39
1.5 Onderzoeksopzet	42
2. Het Nederlands rechtstelsel	46
2.1 Inleiding.....	46
2.2 Civielrecht	46
2.2.1 Inleiding	46
2.2.2 Beschrijving status quo	46
2.2.3 Beschrijving bestaande alternatieven.....	48
2.2.4 Knelpunten die nog overblijven.....	55
2.2.5 Conclusie.....	57
2.3 Bestuursrecht	58
2.3.1 Inleiding	58
2.3.2 Beschrijving status quo	58
2.3.3 Beschrijving bestaande alternatieven.....	61
2.3.4 Knelpunten die nog overblijven.....	65
2.3.5 Conclusie.....	69
2.4 Strafrecht	70
2.4.1 Inleiding	70
2.4.2 Beschrijving status quo	71
2.4.3 Beschrijving bestaande alternatieven.....	73
2.4.4 Knelpunten die nog overblijven.....	76
2.4.5 Conclusie.....	78
2.5 Conclusie	79
3. Internationale rechtsvergelijking.....	80
3.1 Inleiding.....	80
3.2 Raad van Europa.....	80
3.2.1 Klachtmogelijkheden van niet-natuurlijke persoon	82
3.2.2 Bescherming van boven-individuele belangen	83
3.2.3 Aanvullende mogelijkheden en ontwikkelingen.....	86
3.3 Europese Unie.....	89
3.3.1 De vier procedures voor het Hof van Justitie EU	89
3.3.2 Procedures op basis van secundair EU-recht	92
3.4 België.....	95
3.4.1 Constitutionele toetsing	96
3.4.2 Arbeidsrechtelijke zaken en medische aangelegenheden	97

3.4.3 Discriminatiezaken	98
3.4.4 Milieuzaken.....	100
3.5 Duitsland.....	101
3.5.1 KapMuG en de nieuwe Musterfeststellungsklage	101
3.5.2 Constitutionele toetsing	103
3.5.3 Immateriële belangen: privacy-zaken en milieuzaken.....	105
3.6 Frankrijk	107
3.6.1 Groepsacties	109
3.6.2 Collectieve belangen.....	111
3.7 Verenigd Koninkrijk.....	112
3.7.1 <i>Group Litigation order</i>	112
3.7.2 Ombudsman	116
3.7.3 <i>Special Advocate</i>	118
3.8 Conclusie	120
4. Reguleringsopties	128
Reguleringsoptie I: Stel regelgeving vast waarin data, niet zijnde persoonsgegevens, worden beschermd.....	128
Reguleringsoptie II: Reguleer het analyseren van data	131
Reguleringsoptie III: Stel een horizonbepaling in voor Big Data projecten	133
Reguleringsoptie IV: Versterk het civielrechtelijke systeem door collectieve acties en algemeen belangacties eenvoudiger en effectiever te maken	136
Reguleringsoptie V: Maak duidelijk in welke gevallen (indirecte) discriminatie in Big Data-toepassingen kan of moet leiden tot bewijsuitsluiting of strafvermindering.....	139
Reguleringsoptie VI: Breid de mogelijkheid tot participatie voor rechtspersonen in het strafrecht uit.....	140
Reguleringsoptie VII: Introduceer de figuur van een <i>special advocate</i>	142
Reguleringsoptie VIII: Stel beroepsmogelijkheden open tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels	144
Reguleringsoptie IX: Breid de mogelijkheden rond het stellen van prejudiciële vragen uit	147
Reguleringsoptie X: Breid de mogelijkheden van <i>amicus curiae</i> participatie uit.....	149
Reguleringsoptie XI: Creëer een processenfonds voor de Big Data context.....	151
Reguleringsoptie XII: Breid de mogelijkheden van handhavingsorganisaties en controlemechanismen uit.....	153
Reguleringsoptie XIII: Creëer een mogelijkheid om wet- en regelgeving in abstracto aan de rechter voor te leggen	155
5. Conclusies en aanbevelingen	157
6. Bijlagen	166
6.1 Uitkomsten interviews	167
6.1.1 Amnesty International Nederland	168
6.1.2 Autoriteit Persoonsgegevens.....	173
6.1.3 Belastingdienst	176
6.1.4 Bits of Freedom.....	179
6.1.5 Boeckx Advocaten	182

6.1.6 Bureau Brandeis	189
6.1.7 College voor de Rechten van de Mens	192
6.1.8 Datavakbond	199
6.1.9 Hoge Raad.....	202
6.1.10 Landsadvocaat.....	206
6.1.11 Nationale ombudsman.....	210
6.1.12 Privacy First	216
6.1.13 Public Interest Litigation Project	221
6.1.14 Radboud Universiteit	224
6.1.15 Maxim Februari	226
6.2 Verslag uitkomsten expertmeetings.....	229
6.2.1 Verlag Workshop: Big Data and non-individual/collective action.....	229
6.2.2 Verslag workshop: Rechtsbescherming en Big Data.....	240

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 gelijkmatig; 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 sociaalzekerheidsrechten 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

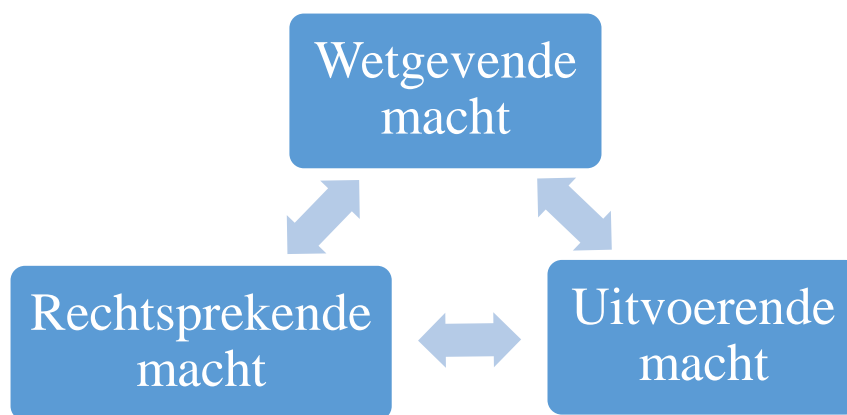
Veel overheidshandelingen en keuzes ten aanzien van Big Data processen in de eerste en tweede fase, dat wil zeggen waar gegevens worden verzameld en geanalyseerd, zullen binnen het bestuursrecht niet hebben te gelden als een besluit in de zin van de Awb waar tegen opgekomen kan worden. Toch kan het wenselijk 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.

English summary

Big Data and data-driven applications are increasingly used in both the public and private sector. Banks and insurers use risk profiles, whereby risk groups are identified on the basis of statistical correlations, internet companies use profiles for personalizing advertisements, search results and news items, and Fitbits, total genome analysis and personalized medicine are an integral part of the health domain. Governments around the world are also investing heavily in data-driven processes, such as intelligence and security services that collect and analyze large quantities of metadata, Tax Authorities that are transforming in data-driven organizations and the law enforcement agencies that experiment with predictive policing. In addition to the use of Big Data in the private and public sector, there are numerous private-public partnerships in which Big Data plays a major role, such as the many smart cities and living labs, in which data collection, data analysis and predictive interventions are used to make the public space cleaner, safer and more efficient.

Big Data is used in more and more sectors of society, a trend that is likely to increase in the coming years. To ensure that Big Data is properly embedded in the public sector, it is important that, in addition to focusing on potential benefits, such as a more efficient and effective government, the various risks and bottlenecks associated with Big Data are addressed and mitigated.

Up to now, particular attention has been paid to the protection of the substantive rights of citizens and the emphasis has generally been on principles of material justice. For example, the General Data Protection Regulation grants new rights such as the right to be forgotten and the right to data portability. In addition, both literature and case law is concerned with the potential negative consequences of Big Data, such as the chilling effect, the limitation of individual freedom through nudging, the Matthew effect, the transparency paradox, the filter bubble and the dangers associated with discrimination, stigmatization social stratification. Issues related to material justice are essential for the integration of Big Data in the public sector, as is granting strong substantive rights for citizens

Equally important, however, is that sufficient attention is paid to issues related to access to justice and principles of procedural fairness. Citizens who have rights but are unable to successfully enforce them remain empty-handed and a legal system that addresses incidental Big Data harms only on an individual level does not tackle the underlying causes, so that structural problems may persist. Issues related to procedural fairness and access to justice vis-à-vis Big Data projects have received little attention so far. This is remarkable, not only because this has left a number of complicated dilemmas underexposed, but also because Big Data raises a number of new legal challenges that are precisely related to these points. This report addresses those questions, analyzes the essential characteristics of procedural law and indicates where improvements are possible.

Both national and supranational procedural law is currently characterized by a strong focus on protecting the interests of natural persons in the specific circumstances of a concrete case; in particular, it offers legal protection by granting subjective rights to individuals with a direct and personal interest. This emphasis works well for many traditional legal disputes: a request for compensation after a defamatory publication, a building permit denied by the local municipality or a restriction of the right to privacy by the government, where someone's

phone is tapped for a certain period or someone's house is entered by the police. In each of these cases, the potential infringement or effect is limited to a specific person or a small group, the possible violation can be delineated in time and space, and the interests at stake are clear and directly linked to natural persons.

This is different for modern human rights issues that revolve around large data-driven processes. It is quasi impossible to delineate Big Data projects in terms of time, space and person, as they are a structural and integral aspect of the actions of government services, companies and citizens. The cameras on the corner of almost every street in large cities, for example, do not have an effect that is specifically related to a particular individual; rather, they permanently film everyone in the city; an intelligence agency that collects the communication data of an entire neighborhood or city does not affect anyone specifically or individually, but rather everyone equally; law enforcement authorities that use predictive policing based on postal codes to monitor certain neighborhoods more than others do not harm specific individuals, but target certain communities and may therewith reinforce inequality in society.

The larger the data-driven processes and the more general the data analysis, the more difficult it will be for an individual to substantiate a concrete, direct and personal interest. In essence, Big Data processes do not so much affect individual interests, but affect collective and general interests. Big Data merits reflection on a more general level. Do we want a society in which the public space is constantly monitored and in which authorities can experiment with behavior modification of its citizens? What are the appropriate constitutional safeguards in relation to potential abuse of power by public authorities and how can democratic legitimacy be ensured in public-private partnerships? What is the impact of personalizing insurances and social security rights on solidarity in society?

Besides such matters of general interest, procedural concerns are important in Big Data processes: aspects that relate to how systems and processes are structured, what choices have been made and what consequences those choices have. How are data collected, by whom and where and what influence do such choices have on the possible bias in a dataset with regard to neighborhoods or groups in society? Which standards apply to designing algorithms, the analysis of datasets and the statistical correlations found in terms of quality, accuracy and reliability? And what guarantees are there that the data-driven processes are transparent and auditable and that the deployment based on data-insights is subject to adequate supervision?

Although some legal doctrines exist in both national and supranational law to address these types of questions, such possibilities are limited and do not account for the fundamental changes that are brought about by the data-driven environment. This study looks at which adjustments could ensure a better and more robust embedding of Big Data in the public sector, whereby general and social interests are safeguarded, stakeholders can effectively assert their rights and the principles of procedural justice are respected.

Chapter 2 discusses procedural law in the domains of Dutch civil law, administrative law and criminal law. The conclusion is that, although there are some possibilities in every domain of law to raise points of general interest, they seem insufficient to adequately address the issues that Big Data brings about. That is why Chapter 3 examines which procedural alternatives exist in other jurisdictions that could serve as a source of inspiration. Case law of the European Court of Human Rights of the Council of Europe, legislation of the European Union and the case law of the European Court of Justice were examined, as well as the legislation

and legal practice in Belgium, Germany, France and the United Kingdom.

To get a better picture of the obstacles and bottlenecks with regard to the current legal system and the potential alternatives, interviews were held with a number of key players in the field of Big Data and legal protection: Amnesty International Netherlands (Doutje Lettinga & Nine de Vries), Data Protection Authority (Aleid Wolfsen), Tax Authority (Raymond Kok), Bits of Freedom (David Korteweg), Boekx lawyers (Otto Volgant & Charlotte Hangx), Bureau Brandeis (Christiaan Alberdingk Thijm), Netherlands Institute for Human Rights (Jan-Peter Loof & Juliette Bonneur), Data Trade Union (Reinier Tromp), Supreme Court (Ybo Buruma), State Attorney Pels Rijcken (Cécile Bitter), National Ombudsman (Reinier van Zutphen & Martin Blaakman), Privacy First (Vincent Böhre), Public Interest Litigation Project (Jelle Klaas), Radboud University (Roel Schutgens & Joost Sillen) and writer/publicist (Maxim Februari). The appendix under 6.1 of this report contains the reports of these interviews.

Two workshops were organized, one in The Hague and one in Brussels, in which a number of prominent specialists gave a presentation and a group of Dutch and European policymakers were subsequently invited to discuss the implications of the findings of this report for national and supranational law and the advantages and disadvantages of the regulatory opinions proposed in this study. During the workshop in The Hague, Marlies van Eck (Leiden University), Vincent Böhre (Privacy First), Doutje Lettinga (Amnesty International Netherlands), Otto Volgant (Boekx lawyers) and Phon van den Biesen (Van den Biesen Kloostera Lawyers) gave a presentation. During the workshop in Brussels, Ianika Tzankova (Tilburg University), Wojciech Wiewiórowski (European Data Protection Supervisor), Marc Rotenberg (EPIC) and Max Schrems (NOYB - European Center for Digital Rights) were invited to kick off the discussion. The appendix under 6.2 of this report contains the reports of the workshops.

Thirteen regulatory options have been formulated in Chapter 4 of this study to ameliorate Dutch procedural law and to make it fit for the data-driven society. These regulatory options can be divided into three clusters. Firstly, the Big Data process itself must be properly regulated in order to make sure that procedural safeguards are guaranteed with respect to both the collection, analysis and use of data. Secondly, access to justice vis-a-vis data-driven projects must be guaranteed and the possibilities for litigants to defend the collective and general interests involved through administrative, civil and criminal law can be strengthened. Thirdly and finally, it is important that there is a good system of checks and balances within the *trias politica*, so that the three powers of government can adequately control each other in the Big Data context.

Although these regulatory options, which are summarized below, are aimed at the Dutch legal context specifically, many of those will have a broader significance and may be of interest for experts working in other jurisdictions as well.



Big Data processes can be characterized on the basis of three phases: collecting data, analyzing the collected data and using the results of those analyses. Big Data technologies can work with extremely large data sets using smart computers and self-learning algorithms. The analysis of the data is usually aimed at finding general characteristics and correlations, is usually based on statistics and the data are analyzed on a high aggregate level. The correlations obtained with Big Data analysis can be used for all types of predictive, preventive and proactive policy choices.

To be able to test Big Data processes and the consequences for the judiciary system, one can look at the regulation of each of the three phases of Big Data. The earlier in the process potential problems and obstacles are addressed, the sooner negative consequences are tackled and the fewer legal cases about any irregularities will be brought at the end. For example, if the way in which the data is collected and analyzed is biased, this may have serious consequences for the deployment of governmental power when based on the insights from data analytics. However, it is by no means always clear in the third phase of Big Data how data were collected and analyzed and it is often difficult for potential victims of biases to show where potential biased choices were made in the process, not least because both the phase in which data are collected and in which they are analyzed are generally characterized by their lack of transparency.

Regulatory Option I: Establish rules through which the gathering of data, other than personal data, are regulated

Part of the data collection process is currently regulated, but another part is not. The part that is regulated, in particular by the General Data Protection Regulation (GDPR), concerns the data that can be qualified as personal data, i.e. data that can identify someone. However, Big Data processes do not revolve around personal data, they usually involve analysing large amounts of aggregated data that are not related to identifiable individuals. Whether or not a given data point could be considered personal data when it was collected does not really matter; in the phase in which the data are analysed, all data are aggregated and are no longer personal data. Due to the current regulatory approach, part of the Big Data process remains unregulated in the collection phase, namely when non-personal data are gathered. This is important because the GDPR not only offers protection to individuals: it lays down general duties of care for data controllers, specifying for example that data must be relevant for the purpose for which they are collected, that the data must be correct and up-to-date and that data processing must be transparent and subject to supervision. An option could be for the regulator to lay down a number of minimum rules for the collection of data, not being personal data, inspired by the GDPR.

Regulatory option II: Regulate the analysis of data

The phase in which data are analysed is now virtually unregulated, both because the GDPR sets hardly any rules on the analysis of data and because, as mentioned above, data analytics generally does not involve personal data, but large data sets of aggregated data. This means that there are hardly any legal standards for, or legal supervision of, how profiles are made, conclusions about the patterns and statistical correlations are drawn, and how data is analysed. This may be problematic, because if there is an error or a bias in a data set, an algorithm or a profile, this means that government action based on that profile (in the third phase of Big Data processes) will also be biased.

By regulating the second phase, Big Data processes are made more transparent and made subject to quality requirements, thereby preventing or limiting any problems in the third phase. Increasing transparency and monitoring this phase can also lead to a reduction in the number of litigation cases against Big Data projects; in interviews conducted for this study, litigants have indicated that due to the lack of transparency with regard to Big Data projects, they often first need to issue information requests before they can decide whether there is a legal problem that would merit a substantive legal procedure. A law or code of conduct regulating the analysis of data in Big Data processes, which is typically based on statistical principles and correlations, is needed. Inspiration could be drawn from the existing standards and guidelines for statistical research.

Regulatory option III: Set a sunset clause for Big Data projects

Of the three phases of Big Data processes, the third and final phase, in which the insights of data analytics are used for policy making, is currently regulated best. When data analyses are used, they have an effect on society, groups or citizens. Many existing doctrines can be invoked when such an effect materialises, such as the right to a fair trial, the prohibition of discrimination and the freedom of expression and movement. In general, these doctrines are sufficiently equipped to tackle potential problems in the Big Data era, although the question is to what extent access to the justice and the possibilities to enforce these rights are too (this question will be addressed in the following regulatory options).

What would improve the Big Data process with regard to the third phase is a better assessment of the effectiveness of data-driven processes. Studies show that some of the Big Data initiatives are hardly more effective, if at all, than processes that require no or much less data processing. In such cases, terminating Big Data processes would contribute both to an efficient and effective government and to the protection of the substantive rights of citizens and general and social interests. To this end, a sunset clause could be introduced for Big Data projects as a standard: the project then gets a fixed number of years to prove itself in terms of effectiveness.



A second way to look at whether there are sufficient procedural safeguards in the context of Big Data is to zoom in on possibilities in civil law, administrative law and criminal law.

Because Big Data processes usually do not involve a violation of the specific interests of natural persons in an individual case, but concern issues related to social values, primary focus should be on strengthening the possibilities for taking actions in the collective and general interest. Legal persons, such as foundations and associations that are founded for the protection of human rights and societal values, typically take the initiative in such campaigns.

Both in the literature and in the interviews conducted for this study, civil law is regarded as the area of Dutch law with the best possibilities for taking actions in the collective or general interest. Most actions against data-driven projects of the government, such as concerning the storage of fingerprints, the exchange of data by intelligence services, data retention and the revision of the law regulating the intelligence agencies were brought under civil law. Only a small number of improvements are possible here. Criminal law, however, currently stipulates hardly any possibilities for addressing these types of interests and within administrative law, the possibilities to raise more abstract issues that are involved with Big Data processes are limited. The latter, in particular, is critical because administrative law takes an increasingly important position in the legal practice of Big Data projects.

Regulatory Option IV: Strengthen the private enforcement system by making it easier to litigate for societal or collective interests

Although within civil law there are currently adequate possibilities for taking actions in the collective or general interest, a number of minor adjustments can ensure that procedural law is brought in line with the transformation to a data-driven society. Examples include the relaxation of the requirement for legal persons to include in their statutes the general interests they wish to defend in a court case and of the requirement of prior consultation with the party against whom an action in the public interest is being initiated, or the establishment of a fixed amount for non-material damage as a result of unlawful Big Data projects, which would help to cover the costs for such actions, or, finally, to expand the opt-out system for collective actions. For the latter, a first step has already been taken in the form of the Act on the settlement of mass damages in collective action that was recently adopted. Nevertheless, even after the adoption of this law, bottlenecks remain, such as with respect to the costs and the possibilities for financing actions in the collective and general interest.

Regulatory option V: Clarify in which cases discrimination in Big Data applications can or should lead to exclusion of evidence or lowering of a sentence

Regulatory option VI: Expand the possibilities for legal entities to participate in the criminal trial

Dutch criminal law currently has virtually no possibility for taking public interest actions and addressing more structural and general problems. That may in time become problematic because Big Data is increasingly being used by law enforcement authorities and this trend is likely to continue in the future. For example, the types of areas and neighbourhoods that are designated as risk areas by predictive policing systems can have an important impact on where additional patrols are deployed and the types of crimes and perpetrators that are registered. There are limited possibilities for defendants to address the question of whether such a system is biased before a criminal court. This bottleneck could be tackled in various ways. First, possible errors and biases in systems could result in the exclusion of evidence or a reduction in sentences. Second, it is conceivable to give legal persons a bigger role in the proceedings. For example, legal persons could be allowed to join the proceedings against defendants so as to contribute with particular knowledge and expertise, and to potentially argue that a Big Data process underlying an individual criminal case is biased or is suffering from problems on a structural level.

Regulatory option VII: Introduce the figure of a special advocate

In addition, a problem associated with Big Data processes is that the process of collecting, analysing and subsequently using data is often not transparent. As far as possible, governments should be transparent. However, in certain contexts, secrecy can be legitimate. If the intelligence service, law enforcement agencies or the tax authorities would make public how they work, which data they use and how data points are weighed, potential criminals could take this into account. In cases where the government legitimately relies on secrecy in the public interest, for example for purposes of national security, a citizen may not have access to information that forms the basis of his criminal trial or an administrative decision concerning him or her. For such situations, a partial solution for the lack of transparency can be found in the introduction of the figure of a special advocate. This lawyer could review the algorithms, data and underlying documents on behalf of the citizen and conduct the defence with respect to these aspects, but at the same time, would be bound to secrecy and would not share this information with the citizen or with others.

Regulatory option VIII: Open possibilities to appeal against generally binding rules

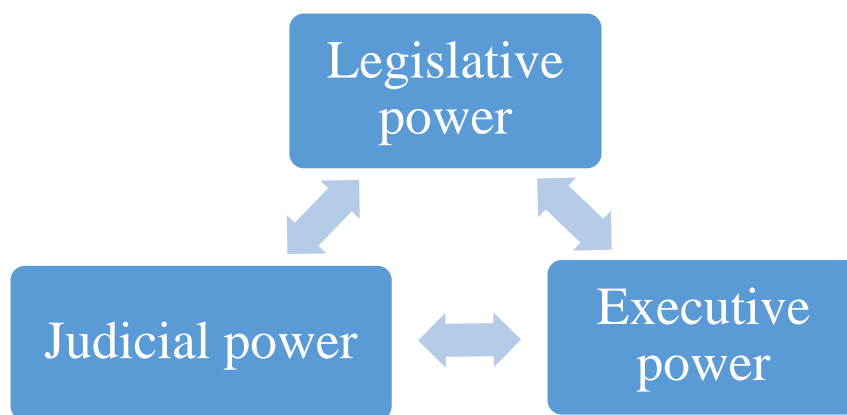
Dutch administrative law only allows for appeal against decisions by governmental organizations and not against what are called generally binding rules, such as policy decisions that have no direct impact on concrete cases or specific individuals. Many government actions and choices with regard to Big Data processes in the first and second phase, that is where data are collected and analyzed, will not have a direct effect on citizens and can consequently not be challenged. Nevertheless, it may be important to be able to address potential issues in these stages of the process, such as when data is collected disproportionately or analyzed by biased algorithms, because such errors may have important implications for discrimination, stigmatization and social stratification when using the data and outcomes of data analysis. To make such possible, the prohibition to appeal generally binding rules should be exempted, at least for public interest actions in the Big Data context.

Regulatory option IX: Expand preliminary procedures

Regulatory option X: Expand the role of amicus curiae

Regulatory option XI: Create a litigation fund for the Big Data context

Then there is a more practical point. Because litigation vis-à-vis Big Data projects often involves general and social issues, specialized legal entities will play an important role. This research has shown that one of the main obstacles for public interest litigation is related to the costs involved. A number of solutions is conceivable for this practical obstacle. One way in which costs can be reduced and access to justice could be improved is by expanding the possibilities for asking preliminary questions. In this way litigants get a direct ruling from the highest court; through a relatively short procedure, with relatively few costs, an answer can be obtained to fundamental constitutional questions that are spiralled by Big Data processes. In addition, the role of amicus curiae participation could be expanded. By allowing specialized (legal) entities to put forward arguments and documents in proceedings without being a party to the proceedings themselves, their knowledge and expertise can be used in cases while they do not have to bear the costs of the proceedings themselves. Finally, the costs of general interest litigation could be covered through a fund financed by general resources.



Most of the Big Data processes within the government are deployed by the executive power. Law enforcement agencies, tax authorities, intelligence services and social security agencies, among others, are experimenting with Big Data projects to optimize their processes and work more efficiently and effectively. The first three regulatory options concerned suggestions for legislation and policy to better regulate the Big Data process itself. This was followed by a number of regulatory options to optimize access to justice and to ameliorate procedural law in the data-driven society. For a good system of checks and balances, in which the three powers of government can keep each other in check in the data-driven society, it is not only important that the legislature sets sufficient rules for the executive and that it is sufficiently possible to have the actions of the executive power assessed by the judicial power.

Judicial review of bills and laws and the capacity of supervisory organizations must also be included in this interplay. Two points emerge from this study. First, it is important that the more the government makes use of data-driven processes for the performance of its tasks, the more the capacity for audits and control by supervisory authorities should be expanded. Second, in the Netherlands there is currently almost no room for reviewing legislation *in abstracto*; a system is lacking through which the judiciary can assess whether bills and laws accord to the minimum conditions of legitimacy and legality, while the European Court of Human Rights increasingly demands such from Council of Europe Member States, especially with regard to legislation on large-scale data processing initiatives.

Regulatory option XII: Expand the competencies of supervisory organizations and oversight mechanisms

Supervisory authorities such as the Dutch Data Protection Authority have an important role in handling complaints. Every complaint that a supervisory authority handles satisfactorily will not end up in court. In addition, an organization such as the Data Protection Authority is ideally equipped to investigate and, where necessary, sanction problems that materialize on a more structural or societal level. The Data Protection Authority also has the expertise to ensure compliance with rules under regulatory options I and II. It is therefore important that this authority and other supervisory organizations that have competence *vis-à-vis* particular aspects of the Big Data process are sufficiently equipped to perform their supervisory duties.

Regulatory option XIII: Create a possibility for *in abstracto* assessments of laws and policies by the judiciary

In court cases involving Big Data processes, one of the most common questions is whether the underlying policy or legislation as such is lawful and legitimate. Legal questions include whether the revision of the law regulating the secret services complies with the human rights framework, whether data retention legislation constitutes a disproportionate violation of the right to privacy and whether the predictive policing initiatives are sufficiently transparent. In the Netherlands, the possibilities for testing legislation as such on its legality and legitimacy are limited, while the ECtHR assumes that Member States to the Council of Europe allow such and otherwise will take matters into its own hands. Not only does the introduction of such a possibility have the advantage that laws and policies are tested directly by national courts, meaning generally shorter procedures. In addition, the number of cases may be reduced by introducing possibilities for *in abstracto* assessments by the judiciary, as not every individual who believes to be negatively affected will submit a complaint individually. A court can assess the law or policy as such in relation to the principles of legality, legitimacy and the rule of law, even before they are applied.

These are the thirteen regulatory options that emerge from this report. They are worked out in more detail in Chapter 4. They cover the regulation of Big Data processes as such, procedural safeguards and access to justice vis-à-vis data-driven processes, and the checks and balances needed in the data-driven society. Each of the regulatory options can be seen as a policy recommendation, but that is not the primary function of identifying these regulatory options.

Not all regulatory options will be feasible in the short term and some regulatory options can be seen as communicating vessels. For example, if there are good possibilities within administrative law to address the various problems that can arise with Big Data processes, less has to be done to strengthen the possibilities within criminal law and civil law.

In that light, it is particularly important that the legislator assesses the pros and cons of all different options, taking account of how the various options could be embedded in the legal system.

Ultimately, the goal should be redesigning the legal system in such a way that it offers citizens and society as a whole sufficient legal protection in the data-driven society.

1. Inleiding

Tilburg University heeft in opdracht van het WODC onderzoek verricht naar rechtsbescherming bij Big Data toepassingen. Het schrijftteam bestond uit Bart van der Sloot en Sascha van Schendel. Professor Bert-Jaap Koops en Professor Ianika Tzankova gaven advies en lazen mee. De kernvraag die daarbij beantwoord moest worden is: *Hoe zouden de mogelijkheden voor burgers en belangenorganisaties om besluitvorming op basis van Big Data-toepassingen te laten toetsen door de rechter desgewenst kunnen worden uitgebreid?* De kernopdracht was dus het verkennen van diverse mogelijke rechtsvormen die in het Nederlandse rechtstelsel zouden kunnen worden geïntroduceerd, niet of dit wenselijk of noodzakelijk is. Daarbij is in overleg met de begeleidingscommissie gekozen voor nadruk op een analyse van de rechtsvormen die in de Nederland omringende landen beschikbaar zijn.

Deze inleiding geeft een korte schets van de problematiek en de opzet van het rapport. Eerst wordt kort aangegeven wat Big Data is en welke vraagstukken dit fenomeen oproept (paragraaf 1.1). Vervolgens wordt besproken welk uitgangspunt er in het nationale en in het supranationale recht voor het procesrecht wordt gekozen (paragraaf 1.2). Daarna komt het spanningsveld aan bod tussen dit uitgangspunt en Big Data (paragraaf 1.3), de beperkte openingen die er worden geboden in het recht om dit spanningsveld te adresseren (paragraaf 1.4) en welke problemen en dilemma's er ondanks deze openingen overblijven (paragraaf 1.5). Tot slot zal de onderzoeksopzet van dit rapport worden besproken (paragraaf 1.6).

1.1 Big Data

Big Data wordt in steeds meer sectoren binnen en buiten de overheid ingezet. Advertemarkten op het internet zijn gebaseerd op de verwerking van zeer grote hoeveelheden data, in de zorg wordt steeds meer vertrouwd op Big Data analyse, de Belastingdienst transformeert naar een data-gedreven organisatie, verzekeraars en banken maken bij beslissingen steeds meer gebruik van algoritmen en zelflerende computersystemen, de politie experimenteert met voorspellend politiewerk op basis van profielen en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hebben met de onlangs herziene Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de bevoegdheid gekregen om grote hoeveelheden meta-data te verzamelen.

De belofte van Big Data is dat door middel van grote dataverzamelingen inzichten kunnen worden verkregen uit het verleden en dat die inzichten vervolgens kunnen worden geëxtrapoleerd naar de toekomst. Als uit data-analyse bijvoorbeeld blijkt dat de meeste bezoekers van een concertgebouw vrouwen van middelbare leeftijd met een hoog opleidingsniveau zijn, dan kan dat concertgebouw zorgen dat op het internet alleen aan die doelgroep de advertentie voor het volgende concert wordt getoond. Als een algoritme heeft berekend dat met name in een bepaalde wijk in de stad, in de ochtend op werkdagen, diefstallen en inbraken worden gepleegd, dan kan de politie daarop haar inzet aanpassen. Dit zijn nog simpele voorbeelden van eenzijdige en directe correlaties; in de praktijk wordt Big Data ingezet om vele tientallen datapunten aan elkaar te knopen en zijn de correlaties vele male complexer en ingewikkelder. De hoop van partijen die gebruikmaken van Big Data is dat door middel van data-gedreven analyses, de inzet van hun middelen efficiënter en doeltreffender wordt, wat vervolgens weer zou leiden tot kostenbesparing en verhoogd rendement.

Big Data en daaraan verbonden fenomenen als automatische besluitvorming en kunstmatige intelligentie worden steeds meer ingezet in zowel de private als de publieke sector. De gevolgen hiervan zijn in kaart gebracht in een keur aan rapporten, zoals de rapporten over iOverheid¹ en Big Data² van de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, de diverse rapporten van het Rathenau Instituut, zoals Beschaafde Bits,³ De datagedreven samenleving,⁴ Waardevol innoveren,⁵ Mensenrechten in het robottijdperk,⁶ Regels voor het digitale mensenpark⁷ en Opwaarderen: Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving,⁸ het rapport Profileren en selecteren van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ),⁹ het verkennend advies Waardevolle zorgtechnologie van de Raad voor Volksgezondheid en Samenleving¹⁰ en het rapport van de Universiteit van Utrecht getiteld Algoritmes en grondrechten.¹¹

Ook in de Tweede Kamer is er de nodige aandacht voor de kansen en risico's van de digitale samenleving, zo blijkt onder meer uit de Initiatiefnota Onderlinge privacy van Kamerlid Sven Koopmans.¹² De regering heeft in een aantal kamerbrieven aangegeven het van belang te achten dat algoritmische besluitvorming transparant is¹³ en publieke kernwaarden niet alleen waarborgt, maar ook versterkt¹⁴ en dat met name de procedurele rechten goed moeten worden gewaarborgd.¹⁵ Tot slot is ook op Europees en internationaal niveau de nodige aandacht voor de kansen en risico's van Big Data en kunstmatige intelligentie. Daarbij kan onder meer worden gewezen op de projecten Sienna¹⁶ en RoboLaw¹⁷ gefinancierd door de Europese Unie (EU), de European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE),¹⁸ de 'Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence',¹⁹ de zogenoemde ASILOMAR principles²⁰ en het rapport van de Raad van Europa 'Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making'.²¹ Ook op reguleringsvlak zijn tal van studies verschenen, zoals het Big Data rapport van de European Data Protection Supervisor,²² de

¹ <<https://www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2011/03/15/ioverheid>>.

² Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016.

³ <<https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-07/Beschaafde%20Bits.pdf>>.

⁴ <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/Rapport_Datagedreven_samenleving_Rathenau%20Instituut.pdf>.

⁵ <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-06/Rathenau%20Instituut_Waardevol_digitaliseren.pdf>.

⁶ <<https://www.rathenau.nl/nl/digitale-samenleving/mensenrechten-het-robottijdperk>>.

⁷ <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-06/Rathenau%20Instituut_Waardevol_digitaliseren.pdf>.

⁸ <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Opwaarderen_FINAL.pdf>.

⁹ <<https://acvz.org/wp-content/uploads/2016/11/WEB-Profileren-en-Selecteren-.pdf>>.

¹⁰ <<https://www.raadrsv.nl/documenten/publicaties/2019/02/05/waardenvolle-zorgtechnologie>>.

¹¹ <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/03/01/algoritmes-en-grondrechten>>.

¹² Kamerstukken II 2017/18, 34 926, nr. 2.

¹³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 26 643, nr. 570.

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 26 643, nr. 537.

¹⁵ <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/03/28/kamerbrief-met-reactie-op-uu-rapport-algoritmes-en-grondrechten>>.

¹⁶ <<https://www.sienna-project.eu>>.

¹⁷ <<http://www.robolaw.eu>>.

¹⁸ Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous Systems', Rapporteur: Jeroen van den Hoven, European Group on Ethics in Science and New Technologies, European Commission, DG for Research and Innovation, maart 2018.

¹⁹ Zie <<http://nouvelles.umontreal.ca/en/article/2017/11/03/montreal-declaration-for-a-responsible-development-of-artificial-intelligence>>.

²⁰ <<https://futureoflife.org/ai-principles/>>.

²¹ <<https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>>

²² <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf>.

richtlijnen aangaande automatische besluitvorming van de Werkgroep 29²³ en de ‘Working Paper on Big Data and Privacy’ van de International Working Group on Data Protection in Telecommunications.²⁴

Het beeld dat hierin naar voren komt is dat de kansen van Big Data niet alleen worden gezien in een efficiëntere publieke en private sector, waar middelen en mankracht beter en doeltreffender worden ingezet, maar ook dat organisaties beter in staat zijn hun kerntaken te verrichten. Big Data kan zowel worden gebruikt om historische analyses te doen of real-time analyses, als om probabilistische kennis over de toekomst te genereren. Zo kunnen overheidsdiensten beter voorspellen waar er problemen en knelpunten zullen optreden en daarop anticiperen; dat kan gaan om criminaliteit bij de politie en fraudegevallen bij de Belastingdienst of DUO, maar het kan ook gaan om voorspellingen over wanneer welk type burger in de knel zal raken en hoe dit voorkomen kan worden.

De risico's van de data-gedreven samenleving worden zowel gezien op het gebied van mensenrechten als op het gebied van publieke waarden. Naast het recht op privacy, de diverse vrijheidsrechten en het discriminatieverbod die onder druk kunnen komen te staan met het gebruik van Big Data, is een aantal veelgenoemde risico's:

- *Het chilling effect*: Uit angst voor de bespiedende blik en de kans om naderhand negatieve consequenties te ondervinden van ongewenst gedrag (dat kan zijn door middel van berechting, maar ook bijvoorbeeld door sociale vormen van bestraffing, zoals uitsluiting), zullen burgers hun gedrag bij voorbaat al beperken en voldoen aan wettelijke of maatschappelijke normen.
- *Filter bubble*: De wereld van de burger wordt gepersonaliseerd, op basis van zijn profiel. Daardoor krijgt hij dus met name informatie te zien of toegestuurd en ondervindt hij behandelingen die met dat profiel corresponderen, waardoor het wereldbeeld van de burger eenzijdiger en absoluut kan worden.
- *Mimese*: Ook de negatieve aspecten van menselijk gedrag en ongelijkheid in de samenleving wordt herhaald en in zekere mate versterkt. Algoritmen leren immers uit data over de reële wereld, zoals onder meer bleek bij het computerprogramma dat mee discussieerde op *social media* en al na een dag offline moest worden gehaald omdat het had ‘geleerd’ dat racistische en seksistische teksten normaal waren.²⁵
- *Mattheus effect*: De bestaande sociale ongelijkheid in de samenleving kan door gebruikmaking van Big Data worden herhaald en daarmee versterkt. Het gevaar dat dreigt is dat de sterken sterker worden en de zwakken zwakker.
- *Solidariteit*: Steeds beter kan worden berekend welk gedrag leidt tot welk soort risico; dat gaat dan niet alleen om de gezondheidseffecten van roken of de kans op botbreuken bij wintersport; door middel van *apps*, *fitbits* en allerhande apparaten in het *smart home* kan in feite het hele leven van mensen in kaart worden gebracht. Zo kan aan potentieel ieder gedrag consequenties worden gekoppeld. Het idee dat iedereen ook voor elkaar betaalt – de kinderloze betaalt voor kinderopvang, de niet-roker voor de medische behandeling van de roker, de man voor het zwangerschapsverlof van de vrouw, etc. – komt daarmee onder druk te staan.
- *Nudging*: Algoritmen voorspellen niet alleen de toekomst, ze beïnvloeden die ook. Een *nudge* is een aanpassing in de keuze-architectuur die het gedrag van mensen verandert

²³ <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>.

²⁴ <https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/publikationen/working-paper/2014/06052014_en.pdf>.

²⁵ <<https://www.theverge.com/2016/3/24/11297050/tay-microsoft-chatbot-racist>>.

op een voorspelbare manier zonder noodzakelijkerwijs andere opties te verbieden. Het probleem van het sturen van het onderbewuste is met name dat het de individuele vrijheid kan ondermijnen. Iemand anders stuurt die persoon immers in een bepaalde richting op basis van psychologische mechanismen. Mensen zijn zich niet noodzakelijkerwijs bewust van het feit dat ze worden beïnvloed en kunnen derhalve ook geen bewuste, vrije, beslissing nemen omtrent hun handelen.

- Pre-emptie: Door middel van voorspellende analyse wordt geanticipeerd op gedrag van de burger dat als onwenselijk wordt gezien. Het kan de burger onmogelijk worden gemaakt dergelijk gedrag daadwerkelijk te vertonen, of er kan vroegtijdig worden ingegrepen. Big Data kan zo worden ingezet dat risico's worden vermeden, ook als dit ten koste gaat van de autonomie van de burger.
- Transparantieparadox: Er is bij Big Data een paradox in transparantie, kennis en macht. Door de inzet van moderne data-technologieën en het verzamelen van steeds meer gegevens over de burger en de samenleving en contexten waarin zij zich begeven wordt het individu nog beter in kaart gebracht. De burger wordt daarmee dus steeds leesbaarder en beïnvloedbaarder. Aan de andere kant hebben veel burgers het gevoel dat besluitvorming door organisaties die gebruik maken van Big Data steeds ongrijpbaarder wordt.

Er bestaat derhalve al een goed beschreven algemeen beeld van de kansen en risico's van Big Data. Toch, zo heeft de WRR gesteld, is Big Data als concept en fenomeen moeilijk te duiden. Er zijn vier redenen waarom pogingen om te bepalen welke nieuwe technieken precies wel of niet onder Big Data vallen, doorgaans falen:²⁶

1. Parapluterm: Big Data wordt vaak gebruikt als verzamelterm voor allerlei nieuwe technologieën en ontwikkelingen, zoals *Open Data* (het idee dat gegevens voor iedereen open en toegankelijk moeten zijn en niet geprivatiseerd door een bepaalde organisatie of persoon); *Hergebruik* (de overtuiging dat gegevens altijd kunnen worden gebruikt voor nieuwe doeleinden/dat gegevens altijd een tweede leven kunnen krijgen); *Algoritmen* (de computerprogramma's die worden gebruikt om de gegevens te analyseren en statistische correlaties te produceren); *Profilering* (Big Data-analyses maken meestal gebruik van categorieën en voorspellingen zoals (in gesimplificeerde vorm en in werkelijkheid vele malen complexer) dat 20% van de mensen met een rode auto ook van rapmuziek houdt, dat 40% van de mannen met een huis met een waarde van meer dan € 250.000, - ouder is dan 50 of dat 0,01% van de mensen die naar Jemen gaan voor vakantie, extreme terroristische websites bezoeken en tussen de leeftijd van 15 en 30 zijn, een aanslag willen plegen – vaak is het aantal factoren vele malen groter en zijn de correlaties vele malen complexer); *Internet of Things (IoT)* (de trend om sensoren op objecten te installeren en deze met het internet te verbinden, zodat de stoel, straatlantaarn en stofzuiger gegevens kunnen verzamelen over hun omgeving); *Smart Applications* (de trend om de op het internet aangesloten apparaten te laten resoneren met hun omgeving en hen context-gebonden keuzes te laten maken - de slimme straatlantaarn die feller schijnt als het regent, de slimme koelkast die een nieuwe fles melk bestelt, de slimme wasmachine die wordt ingeschakeld wanneer het stroomverbruik in het gebied laag is, enz.); *Cloud Computing* (het feit dat gegevens wereldwijd kunnen worden opgeslagen en zich op het ene moment in Ghana kunnen

²⁶ Zie: Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016. B. van der Sloot & S. van Schendel, 'International and comparative legal study on Big Data', WRR-rapport, working paper 20, 2016. B. van der Sloot, 'Big Data', Amsterdam University Press, 2018.

bevinden en op het volgende moment in IJsland, wanneer er op dat specifieke moment meer opslagcapaciteit aanwezig is); *Datafication* (de trend om meer steeds meer keuzes te baseren op basis van data(profielen) over de werkelijkheid in plaats van op de realiteit zelf); *Securitization* (het gebruik van risicoprofielen om potentiële bedreigingen te voorkomen en/of in te dammen); *Commodification* (de trend om gegevens commercieel te exploiteren); *Machine Learning* (de mogelijkheid om machines en algoritmen zelfstandig te laten leren – bijvoorbeeld door middel van deep learning, waardoor algoritmen kunnen leren van hun omgeving en zichzelf ontwikkelen voorbij de grenzen van hoe ze zijn geprogrammeerd); en *Kunstmatige Intelligentie* oftewel Artificial Intelligence (AI) (de trend om steeds meer te vertrouwen op computerintelligentie, waarbij sommige experts zeggen dat AI op termijn de menselijke intelligentie overbodig zal maken). In de verschillende definities van Big Data zijn deze en andere elementen opgenomen, waardoor Big Data eigenlijk meer een koepelterm is voor allerlei nieuwe technologieën dan een fenomeen op zich.

2. Knooppunt voor verschillende ontwikkelingen: Big Data is ook een term die wordt gebruikt om verschillende ontwikkelingen samen te brengen, zoals bijvoorbeeld technologische evoluties, waardoor het verzamelen en opslaan van gegevens steeds eenvoudiger wordt, waardoor het analyseren van informatie steeds sneller kan en de daaruit volgende conclusies steeds waardevollere resultaten opleveren. Daarnaast zijn er economische ontwikkelingen die ten grondslag liggen aan het fenomeen Big Data, zoals dat de kosten voor deze technologieën elk jaar afnemen, wat heeft geleid tot een 'democratisering' van de datatoepassingen; bovendien zijn de kosten voor het verzamelen, opslaan en analyseren van gegevens zo laag dat economische overwegingen steeds minder een reden zijn om te stoppen of af te zien van het verzamelen en opslaan van gegevens. Om een laatste voorbeeld te geven, Big Data is ook verbonden aan verschillende maatschappelijke tendensen, zoals de hierboven genoemde dataficatie, commodificatie, securitisatie, enz. Zo worden data-gedreven technologieën steeds dominant in vrijwel ieder domein van het leven, van geboorte tot de dood, van het huis tot de publieke ruimte, van fintech tot daten.
3. Historisch fluïde: er is geen specifiek moment in de tijd aan te wijzen dat Big Data werd uitgevonden. Integendeel, de meeste elementen die worden gebruikt voor de huidige Big Data-toepassingen bestaan al tientallen jaren. Wat er is veranderd, is dat de gegevenstechnologieën sneller zijn geworden, de databases groter zijn en de afhankelijkheid van gegevensanalyse steviger is, maar dit zijn allemaal graduele veranderingen. Wat nu Big Data wordt genoemd, zal in een jaar of tien Small Data zijn.
4. Fluïde factoren: tot slot bestaat er geen standaarddefinitie van Big Data. De meest gebruikte definitie is wellicht het zogenoemde 3V-model,²⁷ waarin Big Data wordt gedefinieerd in termen van Volume (de hoeveelheid gegevens), Variety (het aantal gegevensbronnen) en Velocity (de snelheid waarmee de gegevens kunnen worden geanalyseerd). In de literatuur zijn ook nog andere V's toegevoegd, zoals Value²⁸ (de waarde die Big Data vertegenwoordigt), Variability²⁹ (de snelheid waarmee Big Data-processen veranderen) en Veracity³⁰ (de nauwkeurigheid van Big Data-processen). Wat al deze V's gemeen hebben is dat ze gradueel zijn. Er is geen precies moment

²⁷ <<https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>.

²⁸ J. P. Dijcks, 'Oracle: Big Data for the enterprise', Oracle White Paper, 2012, <www.oracle.com/us/products/database/big-data-for-enterprise-519135.pdf>.

²⁹ B. Hopkins & B. Evelson, 'Expand your digital horizon with Big Data', Forrester, 2011, <www.asterdata.com/newsletter-images/30-04-2012/resources/Forrester_Expand_Your_Digital_Horiz.pdf>.

³⁰ <www-01.ibm.com/software/data/bigdata/what-is-big-data.html>.

waarop de database zó groot wordt dat er sprake moet zijn van Big Data - bijvoorbeeld dat een database van 1000 datapunten geen Big Data is, maar een database met 1001 datapunten wel. Hetzelfde geldt voor de andere elementen. Er is geen specifiek moment waarop de data-analyse zó snel is of waarop er zóveel verschillende gegevensbronnen zijn dat er sprake is van Big Data - bijvoorbeeld dat 10 databronnen geen Big Data maken, maar 11 wel. Andersom hoeven niet al deze elementen noodzakelijkerwijs aanwezig te zijn om te spreken van Big Data. Sommige datasets die zeer omvangrijk zijn en die met superslimme en snelle algoritmen worden geanalyseerd, maar alleen afkomstig zijn van één gegevensbron, worden nog steeds Big Data genoemd. In plaats van Big Data te definiëren, moet Big Data derhalve als een ideaaltype worden behandeld – des te meer gegevens er worden verzameld, des te meer gegevensbronnen er worden samengevoegd, des te hoger de snelheid waarmee de gegevens worden geanalyseerd, enz., des te meer een bepaald fenomeen het ideaaltype Big Data benadert.

Hoewel het derhalve onmogelijk is om een exacte definitie van Big Data te geven, heeft de WRR aangegeven dat het mogelijk is om drie fasen te onderscheiden waarlangs Big Data-processen verlopen. Dit zijn: het verzamelen van de gegevens, het analyseren van de gegevens en het gebruik van de gegevens.³¹

- Verzamelen: met betrekking tot de hoeveelheid gegevens is de basisfilosofie van Big Data 'hoe meer, hoe beter'. Des te groter de dataset, des te interessanter de patronen en correlaties die te vinden zijn en des te waardevoller de daaruit te trekken conclusies. Big Data-technologieën kunnen met behulp van slimme computers en zelflerende algoritmen werken met extreem grote datasets. Door te worden gevoed met een constante stroom aan nieuwe gegevens, kunnen deze programma's blijven leren en 'slimmer' worden. Big Data kan niet alleen worden gebruikt voor het verzamelen van gegevens, maar ook voor de productie van gegevens. Dit gebeurt door nieuwe gegevens uit oude gegevens af te leiden. Met betrekking tot de verscheidenheid aan gegevensbronnen moet worden benadrukt dat Big Data het koppelen en samenvoegen van verschillende gegevensbronnen vergemakkelijkt. Een bestaande database kan bijvoorbeeld worden gekoppeld aan een database van een andere organisatie en vervolgens worden verrijkt met informatie die wordt geschraapt van het internet. Van Big Data wordt ook gezegd dat het goed kan omgaan met zogenaamde ongestructureerde data, die ongecategoriseerd zijn. Omdat Big Data in essentie gaat om het analyseren van zeer grote hoeveelheden gegevens en het detecteren van algemene en abstracte correlaties, wordt niet zelden de spreuk gebezigd dat de kwaliteit van specifieke gegevens steeds minder belangrijk wordt – quantity over quality. Aangezien dataverwerking zo goedkoop is, worden gegevens vaak verzameld zonder een vooraf bepaald doel, waarbij achteraf pas wordt bepaald of gegevens een waarde vertegenwoordigen en, zo ja, voor welke doeleinden ze kunnen worden gebruikt.
- Analyseren: nadat de gegevens zijn verzameld, worden ze opgeslagen en geanalyseerd. De analyse van de gegevens is meestal gericht op het vinden van algemene kenmerken, patronen en groepsprofielen (groepen mensen, objecten of verschijnselen). Algemene kenmerken kunnen worden afgeleid, bijvoorbeeld over hoe aardbevingen typisch evolueren, welke indicatoren kunnen worden aangewezen die een aanstaande aardbeving kunnen voorspellen en welk type gebouw relatief

³¹ Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016.

onbeschadigd blijft na een dergelijke ramp. Een belangrijk onderdeel van Big Data is dat de computerprogramma's die worden gebruikt voor het analyseren van gegevens meestal functioneren op basis van statistieken - de analyse draait om het vinden van statistische correlaties en niet om het vinden van causale relaties. De statistische correlaties hebben betrekking op waarschijnlijkheden. Het kan dus worden voorspeld dat van de huizen gebouwd met een betonnen fundering 70% intact blijft na een aardbeving, terwijl slechts 35% van de huizen zonder een betonnen fundering blijft staan, of dat mensen die vilt onder de poten van hun stoelen en tafels plaatsen hun lening gemiddeld vaker terugbetalen dan mensen die dat niet doen. Dit brengt ook het laatste punt naar voren, namelijk dat met Big Data informatie over één aspect van het leven kan worden gebruikt voor voorspellingen over hele andere aspecten. Het kan bijvoorbeeld blijken dat de kleur van de bank in de woonkamer van een persoon een voorspellende waarde heeft voor zijn gezondheid, dat de muziekvoorkeur van iemands vrienden op Facebook iets zegt over zijn seksuele geaardheid en dat de naam van iemands kat een voorspellende waarde heeft voor het carrièrepad van de eigenaar.

- Gebruik: de correlaties die zijn verkregen met Big Data-analyse kunnen op algemeen niveau worden gebruikt, bijvoorbeeld wanneer beleidskeuzen worden gemaakt gebaseerd op de voorspelling dat over 20 jaar de helft van de bevolking zwaarlijvig is; ze kunnen worden gebruikt om voorspellingen te doen over groepen mensen, gebeurtenissen of objecten, zoals immigranten, aardbevingen of bruggen met een stalen constructie en navenant ingrepen te plegen bijvoorbeeld in de omgeving van deze groepen; en ze kunnen worden toegepast op specifieke, individuele gevallen, waarbij het algemene profiel naar een specifiek geval wordt geëxtrapoleerd en op basis daarvan een beslissing wordt genomen over een bepaald persoon.

1.2 Het spanningsveld tussen het procesrecht en de Big Data praktijk

Mensenrechten en het rechtsstelsel in het algemeen zijn primair gekoppeld aan het individu, zijn rechten en belangen. Dit uitgangspunt werkt betrekkelijk goed voor traditionele vraagstukken, zo ook voor traditionele kwesties, zoals de afgewezen bouwvergunning, het verzoek om schadevergoeding wegens een lasterlijke publicatie, het aftappen van een telefoon of het binnentreden van een huis. Alhoewel het altijd lastig blijft om schade te materialiseren en te kwantificeren - welke schade volgt uit het binnentreden van een woning als er geen eigendommen worden meegenomen en geen informatie over de inrichting van de woning aan derden wordt doorgegeven? – is het doorgaans relatief eenvoudig om een inbreuk te constateren en af te bakenen in tijd, ruimte en plaats.

In het civielrecht is van oudsher nadruk op het individu. De schade die aan een persoon is gedaan kan aanleiding zijn voor een onrechtmatige-daadsactie. Alhoewel er de laatste jaren meer wordt gekeken naar collectieve acties en massaschade, bestaat de kern van de onrechtmatige-daadsjurisprudentie uit zaken over natuurlijke personen die materiële schade hebben ondervonden, waarvoor de rechter eventueel compensatie kan bieden.

Van oudsher staat de borging van het algemeen belang centraal in het bestuursrecht. Lang was handhaving van het objectieve recht ook het doel van het bestuursprocesrecht. Sinds 1994, met de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is het bestuursprocesrecht echter gesubjectiveerd en is individuele geschilbeslechting steeds meer centraal komen te staan. Slechts een belanghebbende mag bezwaar en beroep aantekenen tegen een besluit; een

belanghebbende is traditioneel de natuurlijk persoon die direct en persoonlijk is geraakt door dat besluit.

In het strafrecht is van oudsher nadruk op het individu, in de vorm van een vrij gesloten stelsel van partijen in het proces. De belangen van de verdachte, de vervolging –waarin mede maatschappelijke belangen worden gewaarborgd - en slachtoffers staan centraal. De rechten die in het strafprocesrecht worden toegekend zien primair op de bescherming van de verdachte.

Op Europees niveau is het gegevensbeschermingsrecht een van de prominente kaders om Big Data te reguleren. De recent in werking getreden Algemene Verordening Gegevensbescherming³² moderniseert het gegevensbeschermingsrecht maar kent desalniettemin een sterke focus op de rechten van individuen en op de verplichtingen van diegenen die verantwoordelijk zijn voor de verwerking van de data ten aanzien van de individuen wiens data het betreft. Daarnaast reguleert deze verordening slechts zogenoemde ‘persoonsgegevens’, dat wil zeggen gegevens die iemand kunnen identificeren. Gegevens waarvoor dit niet geldt vallen buiten de reikwijdte van de bescherming van deze wetgeving, met betrekking tot gegevens die niet onder het persoonsgegeven-begrip vallen hebben de partijen die de gegevens verzamelen, analyseren of gebruiken geen verplichtingen ten aanzien van deze individuen.

Ook in het supranationale recht heeft het procesrecht een sterke nadruk op de bescherming van individuele belangen van natuurlijke personen door het toekennen van subjectieve rechten. Ter illustratie kan hier worden verwezen naar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met betrekking tot artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarin het recht op privacy is vervat, dat in veel Big Data zaken een rol speelt.

Het EHRM stelt dat in principe alleen natuurlijke personen een klacht kunnen indienen aangaande het recht op privacy. In het algemeen komen interstatelijke klachten, waarbij bijvoorbeeld Nederland een klacht indient tegen Oostenrijk over een schending van één of meer rechten onder het Verdrag, nauwelijks voor.³³ Ook heeft het EHRM geoordeeld dat groepen geen klacht mogen indienen over een schending van één van de rechten uit het verdrag.³⁴ Ten aanzien van rechtspersonen is het EHRM juist bij het recht op privacy aarzelend om hun klachten en zaken in behandeling te nemen.³⁵ In tegenstelling tot andere rechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van religie waar het Hof wel bereid is om naar de klachten van rechtspersonen te kijken, kunnen rechtspersonen in principe geen beroep doen op het recht op privacy, vastgelegd in artikel 8 EVRM. Rechtspersonen hebben geen privéleven, zo stelt het Hof:

“[T]he extent to which a non-governmental organization can invoke such a right must be determined in the light of the specific nature of this right. It is true that under

³² Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

³³ Artikel 33 EVRM.

³⁴ Wel mogen individuen die allen kunnen aantonen door dezelfde inbreuk te zijn geraakt hun klachten bundelen.

³⁵ Er zijn tot nu toe ongeveer 20 zaken waarin rechtspersonen wel een klachtrecht wordt toegekend: B. van der Sloot, ‘Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system’, Computer Law & Security Review, 2015-1.

Article 9 of the Convention a church is capable of possessing and exercising the right to freedom of religion in its own capacity as a representative of its members and the entire functioning of churches depends on respect for this right. However, unlike Article 9, Article 8 of the Convention has more an individual than a collective character (...).”³⁶

Dat betekent dat in de praktijk vrijwel alleen natuurlijke personen een klacht kunnen indienen over een mogelijke schending van artikel 8 EVRM. Daarbij komt dat het Hof vereist dat deze personen concrete en daadwerkelijke schade hebben ondervonden van een concrete en specifieke inbreuk. Kan dat niet worden aangetoond, dan worden hun klachten in principe niet-ontvankelijk verklaard. Zogenoemde *in abstracto* klachten, die gaan over een wet of beleid als zodanig, zonder dat de eisers beweren daar zelf hinder van te hebben ondervonden, worden doorgaans niet-ontvankelijk verklaard:

“Insofar as the applicant complains in general of the legislative situation, the Commission recalls that it must confine itself to an examination of the concrete case before it and may not review the aforesaid law in abstracto. The Commission therefore may only examine the applicant's complaints insofar as the system of which he complains has been applied against him.”³⁷

Ook zogenoemde *a-priori* klachten, waarin een zaak wordt aangebracht nog voordat de privacyinbreuk zich heeft voorgedaan, worden in principe niet-ontvankelijk verklaard:

“It can be observed from the terms ‘victim’ and ‘violation’ and from the philosophy underlying the obligation to exhaust domestic remedies provided for in Article 26 that in the system for the protection of human rights conceived by the authors of the Convention, the exercise of the right of individual petition cannot be used to prevent a potential violation of the Convention: in theory, the organs designated by Article 19 to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties in the Convention cannot examine - or, if applicable, find - a violation other than a posteriori, once that violation has occurred. Similarly, the award of just satisfaction, i.e. compensation, under Article 50 of the Convention is limited to cases in which the internal law allows only partial reparation to be made, not for the violation itself, but for the consequences of the decision or measure in question which has been held to breach the obligations laid down in the Convention.”³⁸

In principe worden zaken derhalve alleen ontvankelijk verklaard als er concrete en daadwerkelijke schade aan het individu is toegebracht door een concrete en specifieke inbreuk door de staat. Dat betekent ook dat hypothetische klachten, over een inbreuk waarvan de klager niet zeker weet of die zich heeft voorgedaan, niet-ontvankelijk worden verklaard, en dat het EHRM geen zaken in behandeling neemt waarin de klagers niet opkomen voor hun eigen belang, maar voor de belangen van anderen of de samenleving in haar geheel. Ook deze zogenoemde algemeen belangacties, *class actions* of *actio popularis* worden in principe niet-ontvankelijk verklaard, al is er wel een uitgebreide praktijk van *amicus curiae* participatie:

“The Court reiterates in that connection that the Convention does not allow an actio popularis but requires as a condition for exercise of the right of individual petition

³⁶ ECRM, Church of Scientology of Paris t. Frankrijk, application no. 19509/92, 09 januari 1995.

³⁷ EHRM, Lawlor t. VK, application no. 12763/87, 14 juli 1988.

³⁸ ECRM, Taura and others t. Frankrijk, application no. 28204/95, 04 december 1995.

that an applicant must be able to claim on arguable grounds that he himself has been a direct or indirect victim of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State."³⁹

De nadruk op het individu en zijn concrete materiele schade is bij moderne mensenrechtenvraagstukken die draaien om grote gegevensverzamelingsprocessen echter niet vanzelfsprekend. Het punt bij Big Data processen is dat deze nauwelijks in tijd, ruimte en persoon zijn af te bakenen. Ze vormen een structureel en voortdurend onderdeel van de handelingen en gedragingen van overheidsdiensten, bedrijven of burgers. Als voorbeeld kunnen dienen de talloze camera's die op vrijwel elke straathoek van grote steden zijn te vinden. Bij dit soort toepassingen is het individu incidenteel in beeld – de camera's filmen niet een specifieke persoon of een specifieke groep mensen. Ze filmen iedereen, overal en altijd die zich binnen het bereik van de camera's bevindt. Hoe kan een individu in zo'n geval hard maken dat hij specifiek, individueel en concreet is geraakt – welke inbreuk is er geweest en op welk recht? Evenzo is het feit dat de politie door gebruikmaking van *predictive policing* in bepaalde wijken meer surveilleert dan in anderen niet direct schadelijk voor concrete individuen - wel kan *predictive policing* de ongelijkheid in de samenleving in stand houden of zelfs versterken.

Daarbij komt een praktisch probleem. Het toekennen van individuele rechten aan burgers veronderstelt dat zij primair verantwoordelijk zijn voor de bescherming van hun rechten. De moeilijkheid voor individuen om een beroep te doen op hun rechten ten aanzien van grote gegevensverzamelingsprocessen is tweërlei.

Enerzijds is de burger zich vaak niet bewust van het simpele feit dat er gegevens over hem worden verzameld. Burgers maken foto's en filmpjes van anderen op straat of tijdens feestjes en posten die op Facebook, zonder de personen die in die media te zien zijn daarvan op de hoogte te brengen, laat staan om hiervoor toestemming te vragen. Bedrijven verzamelen via het internet grote hoeveelheden data met gebruikmaking van cookies, *device-fingerprinting* en zelfs zijn er computerprogramma's die aan de hand van hoe iemand typt op zijn computer met redelijke zekerheid kunnen vaststellen wie het betreft. Overheidsdiensten verzamelen ook grote hoeveelheden data over burgers, zoals middels hittesensoren, geheime tap-activiteiten door inlichtingendiensten en het opkopen of vorderen van data van bedrijven. Hiervan wordt de burger doorgaans niet op de hoogte gesteld. Als burgers niet weten dat hun gegevens worden verzameld, dan zullen zij doorgaans ook geen beroep doen op hun recht.

Anderzijds zijn er steeds meer gegevensstromen waarin de data van een burger kunnen zijn vervat. Het is voor een burger vrijwel ondoenlijk om bij al deze datastromen na te gaan of zijn gegevens daarin zijn betrokken, wie de gegevens verzamelt, of dit rechtmatig gebeurt en zo niet, om de stap naar de rechter te zetten. Meer fundamenteel is het probleem dat zelfs als de burger zich wel bewust zou zijn van alle datastromen waarin zijn persoonsgegevens zijn vervat, en zelfs als hij wel de tijd en de middelen heeft om bij elk dataverwerkingsproces na te gaan of dit rechtmatig gebeurt en als dat niet zo is, om naar de rechter te stappen, dan nog zal het voor hem lastig zijn om aan te tonen welke inbreuk er is geweest op zijn recht. Middels nieuwe data-gedreven technologieën worden grote hoeveelheden data verzameld over de samenleving als geheel. Door middel van slimme algoritmen worden statistische correlaties ontdekt. Daaruit worden groepsprofielen gedestilleerd die worden gebruikt voor algemene beleidsbeslissingen.

³⁹ ECRM, Asselbourg and 78 others and Greenpeace Association-Luxembourg t. Luxemburg, application no. 29121/95, 29 juni 1999.

Bij dit soort Big Data-processen is het individuele belang moeilijk te duiden en is ook moeilijk aan te tonen waar precies een inbreuk op een recht uit bestaat. Welke concrete schade heeft de gegevensverzameling door de National Security Agency (NSA) bijvoorbeeld toegebracht aan de belangen van een gewone Amerikaanse of Europese burger? Waarom is het erg dat Google weet dat van de hoger opgeleide vrouwen tussen de 30 en 40 woonachtig in Amsterdam 70% geïnteresseerd is in kaartjes met korting voor het Concertgebouw, en dat een laagopgeleide man geen korting krijgt aangeboden? 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.

Er zijn verschillende manieren waarop Big Data analyse wordt ingezet in het veiligheidsdomein in Nederland. Dit varieert van het gebruik van specifieke analyse systemen, zoals het Criminaliteits Anticipatie Systeem (CAS), tot breder beleid, zoals *smart cities* en *real-time* data-analyse in verschillende steden. Daarnaast zijn er samenwerkingsverbanden tussen verschillende overheidsactoren waarin data worden uitgewisseld ten behoeve van Big Data analyse, bijvoorbeeld Infobox Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen (iCOV).⁴⁰ In toenemende mate zijn ook private actoren een partij in dergelijke samenwerkingen, bijvoorbeeld in *FinPro*, waar het Openbaar Ministerie samenwerkt met overheidsdepartementen maar ook gebruik maakt van data-analyse door Nyenrode Business University.⁴¹

De specifieke analysesystemen worden voornamelijk gebruikt door politie en grotere ministeries, inclusief de uitvoerende instanties die aan deze ministeries zijn gekoppeld, bijvoorbeeld in het geval van SyRI –het Systeem Risico Indicatie ter detectie van fraude met belastingen of uitkeringen,⁴² of data analyse door de Belastingdienst.⁴³ Het hierboven genoemde CAS is bijvoorbeeld een systeem ontwikkeld door een politie-eenheid in Amsterdam om de inzet van politieagenten zo efficiënt mogelijk te maken. De stad Amsterdam is opgedeeld in een raster waarbij voor ieder vak een risico analyse wordt uitgevoerd. Per vak wordt gekeken naar gegevens zoals criminaliteitshistorie, de afstand tot bekende verdachten, de afstand tot de dichtstbijzijnde snelwegoprit, het soort en aantal bedrijven bekend bij de politie en demografische en socio-economische gegevens van het CBS.⁴⁴ Vervolgens wordt een algoritme gebruikt om aan de combinatie van deze gegevens een resultaat te geven: de hoogte van het risico op criminaliteit. Momenteel wordt gewerkt aan een implementatie van het systeem in verschillende andere steden.

Het CAS is een Big Data systeem dat zich richt op openbare orde, de analyse ziet niet op individuen. Hierdoor is een individueel belang lastig te duiden. Het aanwijzen van een gebied als een ‘hoog criminaliteits’ risico kan echter wel gevolgen hebben voor personen die daar wonen en leven. Zo kunnen op basis van deze voorspelling extra patrouilles plaatsvinden,

⁴⁰ Oppericht in 2013 per Convenant, te raadplegen via: <<https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/stert-2013-24607.html>>. Dit is vervangen door het Convenant iCOV 2018, Stert. 1 maart 2019, nr. 11302.

⁴¹ Big Data legt onzichtbare criminaliteit bloot. Het Financieel Dagblad. <<https://fd.nl/economie-politiek/1150701/big-data-legt-onzichtbare-criminaliteit-bloot>>

⁴² SyRI is ingesteld op grond van de Wet van 29 november 2001, houdende regels tot vaststelling van een structuur voor de uitvoering van taken met betrekking tot de arbeidsvoorziening en socialeverzekeringswetten (Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen).

⁴³ De Belastingdienst heeft een speciale afdeling, ‘Data & Analytics’, die zich onder andere bezig houdt met de ontwikkeling van Big Data toepassingen en slimme data analyse.

⁴⁴ D. Willems & R. Doeleman, ‘Predictive Policing – wens of werkelijkheid?’, Tijdschrift voor de Politie, vol.76, nr. 4/5/14.

waardoor incidenten sneller worden geregistreerd, wat vervolgens weer kan betekenen dat er meer politie-surveillances zullen worden uitgevoerd. Dit versterkend effect kan discriminatie en stigmatisering in de hand werken, of zorgen voor een *chilling effect* omdat burgers in een bepaalde wijk zich constant bekeken voelen. Hierbij speelt de vraag wie of welke groepen tegen een dergelijk label kunnen ageren, en op basis van welk besluit. Gaat het om het systeem als zodanig; gaat het om het algoritme en de combinatie van factoren die volgens het algoritme zorgt voor een hoog risico; gaat het om de aanwijzing van een specifiek gebied als risico gebied; of gaat het om de extra inzet van politiemiddelen in het gebied?

Naast het duiden van een individueel belang als voorwaarde in het huidige rechtssysteem, doen zich ook vragen voor over transparantie. Het bestaan van het CAS en de uitvoering van voorspellende analyses door politie-eenheden is publiekelijk bekend, maar andere zaken, zoals welke risicoscore een gebied heeft is minder duidelijk. Dit kan een obstakel vormen voor individuen die hun rechten willen inroepen, zoals het recht op privacy, maar ook het recht op non-discriminatie en het recht op een eerlijk proces. Het aanwijzen van bepaalde wijken betekent dat de opsporing wordt gecentreerd tot gebieden waar de bevolkingssamenstelling kan afwijken van het landelijk gemiddelde. Het primair surveilleren in wijken als Amsterdam Zuidoost en de Schilderswijk in Den Haag kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat er voornamelijk data worden verzameld over personen met een migratieachtergrond - data die de database voeden en op basis waarvan vervolgens het risicoprofiel van wijken wordt gemaakt. De vraag is ook welke impact deze technologieën hebben op het recht op een eerlijk proces. Is een aangewezen risicowijk als zodanig benadeeld, omdat de inwoners al bij voorbaat met argwaan worden bekeken? En zo ja, kan een wijk dan opkomen voor het wijkbelang?

Bij de implementatie van Big Data analyse buiten het veiligheidsdomein zijn verschillende voorbeelden denkbaar. Veel gemeenten experimenteren met Big Data toepassingen en *smart city* strategieën, bijvoorbeeld op het gebied van milieu, leefbaarheid van steden, verkeersstromen, de toegang tot evenementen, leefbaarheid voor ouderen en personalisatie van dienstverlening door de overheid.⁴⁵ Een concrete casus waar verscheidene van deze elementen samen komen is City Pulse. Hier worden Big Data en slimme algoritmen ingezet om stromen van voedsel, energie, water, en materialen te sturen. In dit soort gevallen spelen algoritmen een grote rol en heeft data een zekere autoriteit, data stuurt de *smart city* aan. In eerste instantie is het individueel belang van een burger hier lastiger te duiden omdat de Big Data toepassingen vrij onschuldig lijken.

Dit neemt niet weg dat dergelijke besluiten meer impact kunnen hebben op de rechten van de een dan op die van de ander. In het geval dat een algoritme groepen evenementbezoekers door een wijk stuurt en deze groepen overlast veroorzaken, ondervinden de inwoners en winkeliers van die wijk daar de gevolgen van. Als op basis van CO₂ data auto's in een bepaald gebied niet worden toegelaten, ondervinden autobezitters en wijkbewoners in dat gebied daarvan de gevolgen. Maar zijn dit gevolgen die te onderbouwen en bewijzen zijn in een rechtszaal? En zo ja, zijn de gevolgen groot genoeg om als substantiële schade en een daadwerkelijk belang te worden gezien? En zo ja, kan dat op individueel niveau worden geconcretiseerd?⁴⁶

⁴⁵ L. E. M. Taylor, R. E. Leenes & S. van Schendel, 'Public Sector Data Ethics: From Principles to Practise', Ministry of the Interior and Kingdom Relations (BZK), 2017.

⁴⁶ L. Taylor, L. Floridi & B. van der Sloot (eds.), 'Group Privacy', Springer, Dordrecht, 2017.

Tot slot valt er ook nog aan verdergaande data sturing te denken, zoals *living labs*. In Eindhoven wordt al gewerkt met het *living lab* op Stratumseind⁴⁷ om het uitgaansleven veiliger te maken. Hier wordt op basis van data analyse bepaald wanneer middelen moeten worden ingezet. Zo wordt er geëxperimenteerd met de invloed van licht en de kleur van het licht op het gedrag van burgers en zijn er plannen om ook met geur te experimenteren. Worden burgers bijvoorbeeld minder agressief als er een mandarijnengeur in de straat hangt? Ook dit roept interessante vragen op over de privacy en autonomie van burgers die zich in dit uitgaansgebied bevinden en zich niet aan de data analyse kunnen onttrekken.⁴⁸ Zijn er rechtsgangen beschikbaar om tegen de inzet van dergelijke data analyse en de daarop gebaseerde besluiten om middelen in te zetten te ageren?⁴⁹

1.3 Alternatieve benaderingen in het procesrecht

Uiteraard is het huidige nationale en supranationale procesrecht niet uitsluitend gericht op de bescherming van individuele belangen van natuurlijke personen door de toekenning van subjectieve rechten. Er bestaat reeds een aantal openingen in het rechtsstelsel die een gedeeltelijke oplossing bieden voor het gesignaleerde spanningsveld tussen het recht (sterk op het individu gericht) en Big Data processen (die per definitie het individu overstijgen).

Ter illustratie kan hier worden verwezen naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat een voorwaarde gekoppeld aan het criterium van een wettelijke grondslag (wil een inperking van een recht legitiem zijn dan moet deze zijn voorgeschreven bij wet, een algemeen belang dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving), namelijk de ‘kwaliteit van de wet’. Interessant is dat het Hof hier juist ingaat op het bestaan van waarborgen tegen arbitraire machtsinzet, zonder dit te koppelen aan individuele schade. Zo heeft het onder meer geoordeeld:

“Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.”⁵⁰

De nadruk ligt hier dus op rechtsstatelijke aspecten en de rule of law, het al dan niet toekennen van ‘unfettered power’ aan overheidsinstanties en het bestaan van waarborgen tegen ‘arbitrary interference’.

Daarnaast kan erop worden gewezen dat er in december 2015 een omslagpunt is geweest in de jurisprudentie van het EHRM. Om toe te komen aan de vraag of de kwaliteit van de wet is gewaarborgd in een specifiek geval, moet het Hof de zaak in ieder geval ontvankelijk hebben

⁴⁷ <<http://www.smartdatacity.org/stratumseind-living-lab/A>>.

⁴⁸ Het argument dat personen er voor kunnen kiezen om bepaalde steden of wijken simpelweg te mijden als ze daar niet wonen wordt niet geaccepteerd door het EHRM. EHRM, Colon t. Nederland, application no. 49458/06, 15 mei 2012.

⁴⁹ M. Lanzing & B. van der Sloot, ‘Living Labs: de stad als laboratorium en de burger als proefkonijn’, NJB, 2017.

⁵⁰ EHRM, Malone t. VK, application no. 8691/79, 02 augustus 1984.

verklaard. Zoals gezegd is hiervoor normaliter vereist dat er een inbreuk en concrete schade kan worden aangetoond. Uit de lijn van het EHRM zou derhalve moeten volgen dat de klachten ten aanzien van deze nieuwe data-technologieën vaak niet-ontvankelijk zouden moeten worden verklaard, omdat individuele schade en concrete inbreuken vaak lastig zijn aan te tonen. Dat zou betekenen dat overheden die met grootschalige gegevensverzameling en -analyse aan de slag gaan niet onderworpen zouden zijn aan het toezicht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Hof erkent deze problematiek en heeft daarom het vereiste van persoonlijke en individuele schade laten vallen, onder meer in de zaak *Zakharov t. Rusland*.⁵¹ Daarin heeft het expliciet erkend dat het in uitzonderlijke zaken, met name die draaien om Big Data en mass surveillances, klachten *in abstracto* zal behandelen. Niet alleen is hiermee een alternatief geboden voor het slachtoffer-criterium, ook betekent het dat rechtspersonen, zoals burgerrechtenorganisaties, ontvankelijk kunnen worden verklaard. Het gaat in dit soort zaken immers niet om het persoonlijk belang van de klager. In dit soort zaken worden maatschappelijke, in plaats van individuele belangen, meegenomen, namelijk gerelateerd aan rechtsstatelijke principes en de machtsrelaties als zodanig.⁵²

Ook het EU Hof van Justitie staat, net zoals het EHRM, in privacy- en gegevensbeschermingszaken toe dat rechtspersonen een klacht indienden, niet ter bescherming van hun eigen belang, maar van het algemeen belang. Het gaat hier dan met name om zaken die draaien om data retentie en massa surveillances. Net zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens toetst het HvJ in dit soort zaken wet en beleid met name op rechtsstatelijke aspecten, wat juist ook mogelijk wordt gemaakt door het stellen van prejudiciële vragen. Voorbeelden zijn de *Digital Rights Ireland* zaak⁵³ en de recentere zaak van *Tele2*,⁵⁴ die zien op een bewaarplicht voor telecommunicatie providers van gegevens ten behoeve van opsporingsautoriteiten.

Daarnaast staat in de Algemene Verordening Gegevensbescherming een nieuwe mogelijkheid om betrokkenen te vertegenwoordigen. Het moet dan gaan om een organisatie zonder winstoogmerk die in de statutaire doelstellingen heeft opgenomen op te willen komen voor het openbare belang of de bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene in verband met de bescherming van diens persoonsgegevens.⁵⁵ Evenwel is het aan de lidstaten overgelaten om te bepalen of een orgaan over het recht beschikt om onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene in die lidstaat een klacht in te dienen bij de bevoegde toezichthoudende autoriteit of rechter.⁵⁶ Nederland heeft hier positie over ingenomen in de Uitvoeringswet AVG.

⁵¹ EHRM, *Roman Zakharov t. Rusland*, application no. 47143/06, 04 december 2015. EHRM, *Szabó and Vissy t. Hongarije*, application no. 37138/14, 12 januari 2016.

⁵² B. van der Sloot, 'Is the Human Rights Framework Still Fit for the Big Data Era? A Discussion of the ECtHR's Case Law on Privacy Violations Arising from Surveillance Activities', In: S. Gutwirth, R. Leenes & P. De Hert (eds.), 'Data Protection on the Move', Springer, Dordrecht, 2016.

⁵³ Europees Hof van Justitie, *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) v Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, The Attorney General, intervener: Irish Human Rights Commission, and Kärntner Landesregierung (C-594/12)*, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and others, In *Joined Cases C-293/12 and C-594/12*, 8 april 2014.

⁵⁴ Europees Hof van Justitie, *Tele2 Sverige AB (C-203/15) v Post-och telestyrelsen, and Secretary of State for the Home Department (C-698/15) v Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, interveners: Open Rights Group, Privacy International, The Law Society of England and Wales, Joined Cases C-203/15 and C-698/15*, 21 december 2016.

⁵⁵ Artikel 80 lid 1 Algemene Verordening Gegevensbescherming.

⁵⁶ Artikel 80 lid 2 Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Ook in het Nederlandse procesrecht is er een aantal openingen te vinden. Zo is er in het civielrecht de mogelijkheid om collectieve acties te voeren via art. 3:305a e.v. BW. In het bestuursrecht kunnen rechtspersonen met een beroep op art. 1:2 lid 3 Awb voor een algemeen belang of een groepsbelang opkomen. En in het strafrecht kunnen ook rechtspersonen - zoals belangenverenigingen die opkomen voor collectieve belangen of groepsbelangen – met een beroep op art. 12 Sv hun beklag doen wanneer een strafbaar feit niet (verder) wordt vervolgd.

1.4 Knelpunten en dilemma's

Alhoewel er dus reeds mogelijkheden zijn om het spanningsveld - dat het recht primair is gefocust op het individu terwijl Big Data processen het individu nu juist overstijgen – te adresseren, blijkt uit deze studie dat er tal van spanningsvelden overblijven. Die volgen deels reeds uit de specifieke wetsartikelen en rechtspraak en deels uit meer algemene vraagstukken die eigen zijn aan Big Data en daarom nog geen plek hebben gekregen in het rechtssysteem.

De specifieke knelpunten liggen onder meer in de kosten die met veel algemeen belangacties zijn gemoeid en de lengte van deze procedures, onduidelijkheid over rechtsmachtverdeling, het feit dat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet als zodanig kunnen worden aangevochten, het toetsingsverbod uit artikel 120 GW en het feit dat het strafrecht, anders dan via de artikel 12 procedure, geen mogelijkheden biedt voor het beschermen van algemene of collectieve belangen tegenover de staat in het strafprocesrecht. Deze en andere punten zullen uitvoerig aan bod komen in hoofdstuk 2 van dit rapport.

De meer algemene knelpunten, die deels reeds in de vorige paragraaf aan bod kwamen, worden hieronder kort samengevat:

1. Onbekendheid: alhoewel het individu een klachtrecht toekomt in het civielrecht en het bestuursrecht is het vaak onduidelijk voor individuen of hun data worden verzameld en door wie. Dat kan zijn omdat de operaties van dataverwerkende organisaties geheim zijn – zoals bij veiligheids- en inlichtingendiensten het geval is – of omdat data heimelijk worden verzameld – zoals bijvoorbeeld middels cookies of device finger printing op het internet. Als het individu niet weet dat zijn gegevens worden verzameld en eventueel worden verwerkt in Big Data processen zal hij daar ook geen bezwaar tegen maken. Ook is het individu zich bij Big Data toepassingen niet altijd bewust van het feit dat hij daardoor wordt beïnvloed, bijvoorbeeld omdat er gebruik wordt gemaakt van heimelijke gedragsbeïnvloeding als *nudging*.
2. Onmogelijkheid: duidelijk is in ieder geval dat zeer veel partijen data hebben over burgers. Schattingen lopen uiteen van enkele honderden organisaties tot enkele duizenden. Dit aantal zal met de komst van Big Data vermoedelijk alleen maar groter worden. Daarbij geldt dat het voor het individu ondoenlijk is om bij al die partijen na te gaan of zij gegevens over hem hebben, of zij die legitiem verwerken en zo niet, om een klacht in te stellen bij een rechter of een handhavingsorganisatie.
3. Ongelijkheid: daarbij komt dat de partijen die experimenteren met Big Data processen doorgaans grote internetgiganten zoals Google, Facebook en Apple of overheidsdiensten zijn. Als het komt tot een rechtszaak, dan staat het individu doorgaans zwak tegen deze zeer bemiddelde en grote organisaties.
4. Geen specifiek, individueel belang: ook is het vaak onduidelijk in hoeverre een individu nu wordt geraakt door een bepaalde Big Data toepassing, bijvoorbeeld welke schade hij heeft geleden of welk belang wordt ondermijnd. In het recht is traditioneel

vereist dat degene die een klacht indient een belang heeft dat te onderscheiden valt van de amorfe massa. Toch hebben veel van de Big Data toepassingen een invloed op de hele bevolking of zeer grote groepen. De camera's op de hoek van vrijwel iedere straat in de grote steden hebben geen specifiek effect op één bepaald individu – het raakt iedereen die zich in de stad begeeft. Als de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) gebruik zou maken van de mogelijkheid om een hele wijk of een stad te monitoren wordt niemand specifiek of individueel geraakt, maar iedereen gelijkelijk. Het individuele belang als zodanig is niet direct evident. Er is niemand direct getroffen door het feit dat de politie haar zoekopdracht beperkt tot een wijk waar veel mensen met een migratieachtergrond wonen. Daarbij komt dat het huidige recht in de vorm van de Algemene Verordening Gegevensbescherming alleen bescherming biedt aan gegevens als die direct of indirect aan een persoon zijn te relateren. Juist in de analysefase van Big Data processen is dat doorgaans niet het geval, omdat hier grote categorieën data op geaggregeerd niveau worden verwerkt, zonder dat de data aan een direct en concreet individu zijn gekoppeld. Meer in het algemeen wordt deze focus op 'persoonsgegevens' steeds problematischer, omdat analyses op basis van meta-data of niet direct aan een individu gekoppelde gegevens steeds meer als even waardevol worden beschouwd.⁵⁷ Aangezien Big Data analyses toch op hoog abstractieniveau naar verbanden zoeken is het vaak onbelangrijk of de data aanvankelijk aan een individu waren gelinkt of niet. Ook op dit punt bestaat er dus een mismatch tussen het op het individu gerichte recht en het de individu-overstijgende Big Data praktijk.

5. Geen persoonlijk, maar algemeen belang: bij veel van de Big Data problematiek zou het ook misplaatst zijn een koppeling te maken met het individuele belang. De vraag of inlichtingendiensten een bevoegdheid tot zogenoemde bulkinterceptie zou moeten toekomen is een abstracte, normatieve vraag – het verenigen van dit punt tot de eventuele belangen van een specifiek individu zou betekenen dat het eigenlijke punt wordt gemist. Net zo is het met het veelgehoorde gevaar van machtsmisbruik, machtsongelijkheid (de burger wordt steeds transparanter voor de overheid, terwijl de overheid die haar keuzes op data-gedreven en algoritme gestuurde profielen baseert het gevaar loopt zelf steeds moeilijker te begrijpen zijn voor de burger) en sociale stratificatie oftewel het Mattheuseffect (het gevaar dat Big Data profielen ongelijkheden in de samenleving reproduceren en dat het beleid dat daarop wordt gebaseerd deze ongelijkheid versterkt); allemaal gevaren die vaak in verband worden gebracht met Big Data. De eigenlijke problemen van Big Data zijn doorgaans gekoppeld aan grotere, maatschappelijke vraagstukken.
6. Eerlijk proces onder druk: een probleem dat hieraan gelieerd is het recht op een eerlijk proces. Steeds meer beslissingen binnen de overheid worden genomen op basis van computergestuurde en data-gedreven analyses. Vaak zijn de algoritmen die hiervoor worden gebruikt zeer complex. Het is dan vaak zeer ingewikkeld en tijdrovend voor een individu om te analyseren of een uitkomst juist is en waar een eventuele fout zou kunnen zijn gemaakt. Bij deep learning en zelflerende algoritmen is het zelfs voor de programmeurs lang niet altijd duidelijk hoe en waarom de computer tot een bepaald resultaat is gekomen. Hierdoor dreigt het uitgangspunt dat de overheid transparant en controleerbaar moet zijn onder druk te komen staan. Een algoritme wordt dan ook vaak als *black box* aangeduid, aangezien er weinig transparantie is ten aanzien van hoe de algoritmen werken, welke data ze wel en niet meenemen en welke aannames ten

⁵⁷ Ook niet persoonlijke gegevens zijn thans gereguleerd: Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.

grondslag liggen aan de analyseprocessen. Data expert Frank Pasquale stelt dat dit een kenmerkend aspect is van onze hedendaagse samenleving, die hij dan ook de *Black Box Society* noemt.⁵⁸ Een schrijnend voorbeeld hiervan komt uit de Verenigde Staten, waar iemand een extra lange gevangenisstraf kreeg opgelegd vanwege een computerprogramma dat de veroordeelde een hoog risico voor de samenleving achtte. De veroordeelde eiste vervolgens inzage in hoe het oordeel over hem in stand was gekomen, maar het Supreme Court van Wisconsin oordeelde hierover in zijn nadeel, om zo de bedrijfsbelangen van het bedrijf dat de risicoanalyse over verdachten maakt te beschermen.⁵⁹

7. Analysefase beperkt gereguleerd: het recht is nog op een ander punt in sterke mater gericht op het individu. Het stelt regels voor het verzamelen van data, die aan een persoon zijn gekoppeld, onder andere door de Algemene Verordening Gegevensbescherming, en stelt regels aan het gebruik van de gegevens, bijvoorbeeld als er gevaar voor discriminatie of stigmatisering bestaat of personen op een andere wijze oneerlijk worden behandeld. Zowel in het begin (als de gegevens van een persoon worden verzameld) als aan het eind (als de analyses tot een beleid hebben geleid dat in de praktijk op een groep of persoon wordt toegepast) is het mogelijk om een link te maken met het individu (althoewel dit steeds lastiger wordt). De tussenfase, waarin de data worden geanalyseerd, blijft echter grotendeel buiten het bereik van de wet omdat het hier gaat om grote datasets en analyses op hoog geaggregeerd niveau. Toch is het hier dat veel van de problemen ontstaan. Zo kent de dataset vaak een *bias* of vooringenomenheid (de politie heeft bijvoorbeeld meer gesurveilleerd in de Bijlmer dan in Amsterdam Oud-Zuid), de categorisering is niet-neutraal en de algoritmen (in wezen complexe beslisbomen) gaan uit van onbewezen aannames – al deze zaken kunnen de betrouwbaarheid van de data-analyse onder druk zetten, iets wat de betrouwbaarheid van de overheid en de legitimiteit van haar beleid als zodanig onder druk zet. Er zijn geen juridische normen die eisen stellen aan de betrouwbaarheid van de Big Data analyses.⁶⁰
8. Beleidskeuzes moeilijk aan te vechten: daarbij kan in het huidige recht moeilijk tegen beleidskeuzes als zodanig worden opgekomen. Stel, de politie besluit op basis van *predictive policing* voornamelijk te surveilleren in de Bijlmer en minder in Amsterdam Oud-Zuid. Kan een inwoner in de Bijlmer daar tegen op komen omdat hij meent dat de database op basis waarvan de voorspellingen zijn gedaan vooringenomen is of een inwoner van Oud-Zuid die wil dat er meer gesurveilleerd wordt in zijn wijk? Kan een derde – bijvoorbeeld een persoon met een immigratieachtergrond – wiens data geen onderdeel vormen van de dataset, maar die desalniettemin onderdeel vormt van een groep waarover bepaalde conclusies worden getrokken hiertegen bezwaar maken? Stel, de politie besluit speciale aandacht te geven aan drugscriminelen en besluit de beschikbare databases te doorzoeken op aanwijzingen. Daarbij beperkt zij de zoekopdracht evenwel tot personen met uit een bepaalde wijk, waarin veel personen wonen met een migratieachtergrond. De resultaten die daaruit volgen kunnen weliswaar bruikbaar zijn en er kan worden gezocht naar additioneel bewijs om te komen tot een arrestatie of eventuele veroordeling. Kan iemand waartegen vervolgens onomstotelijk bewijs is gevonden dat hij in drugs handelt vervolgens bezwaar maken

⁵⁸ <<http://raley.english.ucsb.edu/wp-content/Engl800/Pasquale-blackbox.pdf>>.

⁵⁹ <<https://www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/>>.

⁶⁰ B. van der Sloot, 'Beyond the access-use debate: regulating the analysis of information in the Big Data era in order to ensure reliability and trustworthiness', in: Goslinga et al. (eds), 'Tax and Trust', Eleven International Publishing, 2018.

op grond van een discriminatoir beleid? Dat zal in de praktijk moeilijk zijn, terwijl een dergelijke beleidskeuze desalniettemin kan leiden tot structurele problematiek.

9. Materiële rechtsbescherming beperkt: ook de materiële reikwijdte van veel andere rechtsbegrippen die door Big Data onder druk kunnen komen te staan is in directe of indirecte wijze gelieerd aan het individu. Voorbeelden zijn de persoonlijke levenssfeer, menselijke waardigheid en individuele autonomie, maar ook het huis en de privésfeer. Een daarbijkomend probleem is dat onder meer door Big Data projecten, de afbakening tussen wat privé is en wat niet vervaagt. In het huis van de toekomst zijn steeds meer apparaten gelinkt met het internet en wordt er door apparaten constant gecommuniceerd met elkaar en met de buitenwereld. Door de introductie van *smartphones* en *cloud computing* dragen individuen een groot deel van hun privéleven constant bij zich. Het privéleven voltrekt zich niet langer primair in de woning of privésfeer van een persoon, maar overal.
10. Verantwoordelijkheid moeilijk toe te delen: in toenemende mate wordt voor Big-Data analyse gebruik gemaakt van data die afkomstig is van andere partijen. Er is een risico dat de partij die gebruik maakt van de uitkomst van de analyse zich probeert te vrijwaren van verantwoordelijkheid. Zo kunnen overheidspartijen proberen gebruik te maken van data analyse uit de private sector wanneer zij de gewenste data of analyse methoden zelf niet voorhanden hebben; of kan getracht worden de verantwoordelijkheid voor fouten in de analyse door te schuiven naar de software ontwerper. Naast het ontlopen van verantwoordelijkheid kan dit ook voor individuen onderworpen aan Big Data-analyse problemen opwerpen: bij wie moet men beklag doen, of wie moet men voor de rechter dagen? Wat als verantwoordelijkheid wordt uitgesloten en er bij andere partijen in de keten niets te halen valt?

1.5 Onderzoeksopzet

Eerder heeft de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid een rapport geschreven over de inzet en regulering van Big Data binnen de Nederlandse overheid.⁶¹ Daarin werd reeds de problematiek gesignaleerd die als uitgangspunt voor dit rapport geldt. Mede tegen deze achtergrond heeft de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid een aantal aanbevelingen gedaan die mogelijkheden bieden Big Data-besluiten (inclusief het voorproces dat daartoe leidt) te toetsen zonder direct te kijken naar persoonlijke schade of individueel klachtrecht.

Ten eerste heeft de WRR aanbevolen om naast het verzamelen en het gebruik van gegevens ook te kijken naar de fase waarin data worden geanalyseerd. Het huidige rechtstelsel zet met name in op het inkaderen van het verzamelen van gegevens, tenminste daar waar het duidelijk is dat de gegevens van een bepaald persoon afkomstig zijn of een bepaald persoon betreffen, en op het gebruik van gegevens, tenminste daar waar het mogelijk is om aan te tonen hoe dat gebruik een individu of een groep raakt. De WRR heeft aanbevolen om daarnaast ook te kijken naar de analyse-fase, waarin data geaggregeerd zijn en algoritmen op zoek gaan naar algemene correlaties en statistische patronen. Daar is geen specifiek individueel belang mee gemoeid, maar toch gaat met name daar nog veel mis, wat grote gevolgen heeft voor latere stadia van het Big Data gebruik.

⁶¹ WRR, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016.

Ten tweede heeft de WRR voorgesteld om een horizonbepaling in te voeren.⁶² Veel wordt nu ingezet op de vraag of een nieuwe data-gedreven techniek of beleidstoepassing al dan niet de privacy van burgers schendt. Nog onvoldoende wordt gekeken naar de effectiviteit van nieuwe data-gedreven projecten. Omdat die projecten nog in de kinderschoenen staan is de effectiviteit niet altijd direct duidelijk. Toch zou er na 3 tot 5 jaar een evaluatie moeten komen. Na het verstrijken van deze horizonbepaling dient de dataverwerkende partij aan te tonen dat de data-analyse inderdaad effectief is gebleken. Als dat niet mogelijk is moet het dataverwerkingsprogramma fundamenteel worden herzien of worden stopgezet. De toetsing naar effectiviteit die de WRR hier voorstaat staat dus los van de vraag naar eventuele individuele schade aan persoonlijke belangen. Het gaat hierbij om de vraag of het überhaupt nodig is een dergelijk project op te tuigen.

Ten derde stelt de WRR voor om te kijken naar collectieve belangenacties, mede in het licht van de ontwikkelingen in andere rechtsstelsels. In de huidige situatie is het klachtrecht sterk verbonden aan individuele schade en zijn de mogelijkheden voor collectieve procedures bij de rechter gebonden aan de criteria van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek.⁶³ De criteria zien met name op de belangorganisaties die een rechtsvordering kunnen instellen, daarnaast bepalen deze criteria dat er slechts bepaalde typen rechtsvorderingen mogelijk zijn, te weten: een rechterlijk gebod of verbod, of een verklaring voor het recht.⁶⁴ Deze bepaling speelt in de Big Data praktijk een beperkte rol. Onderzocht zou kunnen worden, aldus de WRR, in hoeverre deze rol zou kunnen worden uitgebreid.

Dit onderzoek bouwt voort op het rapport van de WRR en onderzoekt de mogelijke herziening van het procesrecht in het licht van Big Data.

De hoofdvraag van dit onderzoek is: Hoe zouden de mogelijkheden voor burgers en belangenorganisaties om besluitvorming op basis van Big Data-toepassingen te laten toetsen door de rechter desgewenst kunnen worden uitgebreid?

Deze vraag wordt in drie deelvragen beantwoord:

1. Welke mogelijkheden en knelpunten zijn er in het huidige Nederlandse rechtsstelsel voor burgers en belangenorganisaties om besluitvorming op basis van Big Data-toepassingen te laten toetsen door de rechter?
2. Welke additionele mogelijkheden bestaan er in het buitenland en zijn er beschreven in de literatuur en wat zijn daarvan de mogelijke voor- en nadelen?
3. Welke nieuwe mogelijkheden om besluitvorming op basis van Big Data-toepassingen te laten toetsen kunnen hieruit worden gedestilleerd en als inspiratie dienen voor een eventuele uitbreiding van het Nederlandse rechtsstelsel?

⁶² Met dergelijke bepalingen is bijvoorbeeld gewerkt in het kader van het bewaren van telecommunicatiegegevens, met name in het Verenigd Koninkrijk.

⁶³ Naast artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek biedt het Burgerlijk Wetboek sinds 2005 één andere weg voor een collectieve afwikkeling: de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Echter, deze wet zet sterk in op financieel te duiden schade en schadevergoeding, collectieve claimregelingen kunnen hiermee bij de rechter verbindend worden verklaard. De rol binnen het recht op privacy en gegevensbescherming is dan ook beperkt. Niet in de laatste plaats ook omdat in het kader van een WCAM regeling de medewerking van de inbreukpleger vrijwillig is en niet afgedwongen kan worden.

⁶⁴ Hierbij moet worden opgemerkt tijdens dit onderzoek het Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie aanhangig was. Inmiddels is de wet op 20 maart 2019 aangenomen. Aangezien deze tijdens het schrijven van het rapport nog niet in werking is getreden wordt uitgegaan van de huidige wettekst van artikel 3:305a BW. Er wordt waar mogelijk wel verwezen naar de nieuwe wet.

Deze studie richt zich met name op het gebruik van Big Data door de overheid, waarbij evenwel moet worden bedacht dat er in toenemende mate publiek-private samenwerkingen zijn en dat veel van de lessen die worden getrokken ten aanzien van de publieke sector ook kunnen worden geëxtrapoleerd naar de private sector.

Het onderzoek kent de volgende structuur.

Hoofdstuk 2 bespreekt de Nederlandse rechtspraktijk, namelijk het civielrecht (paragraaf 2), het bestuursrecht (paragraaf 3) en het strafrecht (paragraaf 4). Ten aanzien van ieder van deze rechtsgebieden wordt de status quo besproken, waaruit een focus op het individu, het individuele klachtenrecht en individuele schade zal blijken. Vervolgens zal steeds aan de orde komen welke alternatieven en openingen er reeds bestaan binnen het rechtsgebied. Daarbij zal ook worden gekeken naar niet direct aan Big Data gerelateerde rechtsgebieden waar al meer openingen bestaan. Tot slot zal worden geanalyseerd welke lacunes er nog bestaan ten aanzien van de rechtsmiddelen met betrekking tot Big Data processen. Dit hoofdstuk heeft een verkennend karakter en beoogt bestaande kennis en concepten bij elkaar te brengen en op een rij te zetten.

Hoofdstuk 3 bevat een rechtsvergelijking, waarin wordt onderzocht welke rechtsvormen er over de grens bestaan die als inspiratie voor de Nederlandse rechtspraktijk kunnen dienen. Allereerst zal worden stilgestaan bij de openingen die reeds zijn geboden in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa (paragraaf 2) en in de wetgeving van de Europese Unie en de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie (paragraaf 3). Daarna zal een blik worden geworpen op de rechtspraktijk in België (paragraaf 4), Duitsland (paragraaf 5), Frankrijk (paragraaf 6) en Verenigd Koninkrijk (paragraaf 7). Bij elk van deze landen is er niet voor gekozen om een algemeen beeld te geven of om een volledig overzicht na te streven, maar zijn steeds twee of drie interessante rechtsvormen geselecteerd voor nadere bestudering, die mogelijk de grootste meerwaarde hebben voor de Nederlandse rechtspraktijk. Daarnaast is kort onderzoek gedaan naar landen waar *class actions* en andere alternatieve vormen van *dispute resolution* bestaan; deze zijn niet beschreven in hoofdstuk 3, maar de lessen zijn wel meegenomen in de aanbevelingen die aan het eind van het rapport worden gegeven.

Daarnaast zijn twee ondersteunende onderzoeksmethoden toegepast, waarvan de resultaten zijn verwerkt in het rapport, namelijk het doen van interviews en het houden van expertmeetings.

Om een beter beeld te krijgen van de obstakels en knelpunten ten aanzien van het huidige rechtsstelsel en de mogelijke alternatieven zijn interviews gehouden met betrokkenen en experts 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). De bijlagen onder 6.1 van dit rapport bevatten de verslagen van deze interviews.

Daarbij moeten twee zaken worden opgemerkt.

Ten eerste is er gepoogd meer interviews af te nemen met partijen die zelf aan de slag zijn met Big Data projecten, maar dat is (met uitzondering van de Belastingdienst) om verschillende redenen niet gelukt. De voor dit rapport geïnterviewde partijen geven derhalve geen gebalanceerd beeld van alle kanten en partijen die zich met Big Data bezighouden. Omdat de onderzoeksvraag voor dit rapport was hoe het Nederlands procesrecht zou kunnen worden aangepast is de nadruk gelegd op interviews met partijen die Big Data projecten ter toetsing voorleggen aan de rechter. Zij hebben hier het meest zicht op en kunnen het best aangeven welke verruiming van het procesrecht hen in hun acties zouden faciliteren.

Ten tweede ligt de nadruk van dit rapport, vanwege de daaraan ten grondslag liggende onderzoeksvraag, op de vraag hoe het Nederlandse recht zou kunnen worden aangepast en minder op de vraag of dat wenselijk is of welke mogelijke negatieve gevolgen er aan dergelijke aanpassingen kleven. In de voorgestelde reguleringsopties is geprobeerd om een zo breed mogelijk palet te schetsen aan mogelijke aanpassingen van het Nederlands procesrecht. Daarom is met name gebruik gemaakt van de interviews met mensen die mogelijke verbeterpunten hebben aangedragen. Dat wil niet zeggen dat alle geïnterviewden unaniem waren over de noodzaak tot herschikking van het Nederlands procesrecht of welke aanpassingen het meest gewenst waren. Cécile Bitter, Roel Schutgens en Joost Sillen waren bijvoorbeeld aarzelend over de noodzaak tot al te structurele aanpassingen van het Nederlands recht en alhoewel veel geïnterviewde procespartijen aangaven de voorkeur te hebben voor het civielrecht boven het bestuursrecht was één van de meest ervaren personen op het gebied van strategisch procederen, Jelle Klaas, het hier niet mee eens.

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.

Op basis van deze ondersteunende methoden en van de rechtsvergelijking in hoofdstuk 3, zijn vervolgens mogelijke reguleringsopties gedestilleerd. In hoofdstuk 4 wordt stilgestaan bij de vraag welke van de verschillende geanalyseerde rechtsfiguren als inspiratie voor de Nederlandse rechtspraktijk kunnen dienen en hoe die vorm zouden kunnen krijgen.

Ten slotte wordt in hoofdstuk 5 een samenvatting gegeven en de reguleringsopties in perspectief geplaatst.

2. Het Nederlands rechtstelsel

2.1 Inleiding

Hieronder zal een korte schets worden gegeven van het Nederlandse recht. Daarbij zal worden stilgestaan bij het civielrecht (paragraaf 2), het bestuursrecht (paragraaf 3) en het strafrecht (paragraaf 4). Steeds zal een driedeling worden gehanteerd: (1) er zal worden beschreven op welke wijze er binnen het vakgebied een focus is op het individu, zijn rechten en zijn belangen, (2) er zal worden aangegeven dat er weliswaar beperkte mogelijkheden bestaan om individu overstijgende belangen te adresseren, (3) maar dat deze desalniettemin ontoereikend zijn om de met Big Data gemoeide problematiek te adresseren. Dit zal de opmaat bieden voor hoofdstuk 3, waarin wordt onderzocht in hoeverre rechtsvormen uit het buitenland mogelijk zouden kunnen worden gebruikt om lacunes in het Nederlandse recht aan- en op te vullen.

2.2 Civielrecht

2.2.1 Inleiding

Dit onderdeel gaat in op de civielrechtelijke mogelijkheden voor individuen om op te komen voor hun eigen belangen zowel als de mogelijkheden onder civielrecht om op te komen voor collectieve of algemene belangen. Hierbij past een kanttekening. De focus binnen dit report ligt op Big Data gebruik van de overheid en daarmee procedures tegen de overheid. De effectiviteit van een civielrechtelijk optreden tegen een overheid wordt bepaald door twee componenten: een materieelrechtelijk en een procesrechtelijk. De materieelrechtelijke component heeft betrekking op de vraag of er adequate aansprakelijkheidsgrondslagen voor een civiele vordering tegen de overheid bestaan, terwijl een procesrechtelijk component betrekking heeft op de aanwezigheid van adequate procesrechtelijke mechanismen voor privaatrechtelijke handhaving van rechten. Deze analyse spitst zich toe op dat laatste: de procesrechtelijke mechanismen om via het civiele recht op te treden. Hierna wordt een schets gegeven van het meer traditionele civiele procesrecht waarin individuen opkomen voor individuele belangen. Vervolgens wordt ingegaan op de groei van meerpartijenverhoudingen en derdenwerking, waarbij de standaard twee-partijenverhouding al iets meer wordt losgelaten. De verschillende soorten schade aan meer dan een individu worden kort uiteengezet. Tot slot worden artikel 3:305a BW en de WCAM besproken wanneer het gaat om de bundeling van belangen of behartiging van collectieve belangen.

2.2.2 Beschrijving status quo

Traditioneel is het civiele recht, zowel het materiele als het procedurele, gericht op het reguleren van bilaterale rechtsverhoudingen. Het primaat in het civiel recht ligt bij partijautonomie. De nadruk op partijautonomie betekent onder andere dat de rechter in beginsel in het geding gebonden is aan de vorderingen en feiten zoals door partijen aan hem voorgelegd op grond van artikel 24 Rv. Daarnaast heeft een uitspraak gezag van gewijsde alleen tussen partijen en worden uitzonderingen met extra waarborgen omkleed.⁶⁵ De hoofdregel in het privaatrecht is nog altijd dat een contract alleen tussen partijen geldt en dat

⁶⁵ Een voorbeeld hiervan is de WCAM.

derden daar geen rechten aan kunnen ontleen.⁶⁶ Het relativiteitsbeginsel is hier leidend, een overeenkomst heeft in principe alleen gevolgen voor de contractspartijen en niet voor derden. Daarnaast zijn partijen aan de overeenkomst gebonden en speelt het vertrouwensbeginsel een belangrijke rol:

*“Partijen binden zich in hun overeenkomst aan elkaar en verder strekt de verbindende kracht van die overeenkomst zich niet uit. Een overeenkomst geeft derden geen rechten omdat partijen zich jegens hen niet hebben verbonden. Zij legt op derden geen verplichtingen omdat dezen daarin niet hebben toegestemd”.*⁶⁷

Wat geldt voor gebondenheid aan overeenkomsten geldt ook voor de uitleg van overeenkomsten. De standaardlijn in jurisprudentie van de Hoge Raad op basis van *Haviltex* bij de uitleg van overeenkomsten⁶⁸ benadrukt dat niet alleen taalkundige betekenis van de tekst in een overeenkomst leidend is bij de uitleg daarvan, maar ook wat partijen bij de overeenkomst over en weer van elkaar verwachten. Daarmee blijkt weer duidelijk dat de standaard is de verwachtingen van de partijen bij de overeenkomst en niet zozeer wat derden daarvan mochten verwachten. Ook bij de mogelijkheid tot schadevergoeding ligt in het BW de nadruk op het individu en individuele schade en dan nog specifiek, alhoewel niet uitsluitend, op vermogensschade.

Aansprakelijkheid binnen het civiele recht volgt met name uit wanprestatie (6:74 BW) of een onrechtmatige daad (6:162 BW). Nu in het overeenkomstenrecht de nadruk nog steeds ligt op de bilaterale verhouding staan de individuele belangen van benadeelde en schadeveroorzaker centraal bij acties op basis van wanprestatie. Vergelijkbaar staat ook in het onrechtmatige-daadsrecht het individuele belang van de benadeelde of schadeveroorzaker centraal. Artikel 6:162 lid 1 BW stelt dan ook: *“Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt(...)”*. De onrechtmatige daad kan gebaseerd zijn op een van de drie gronden uit lid 2, te weten: de inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Met name bij de eerste grond, de inbreuk op een recht, spelen individuele belangen een rol. Het gaat hier om een individu dat specifiek in zijn of haar rechten is geschonden, ofwel in een persoonlijkheidsrecht, ofwel in een vermogensrecht. Voorbeelden zijn een privacy schending, een schending van de lichamelijke integriteit of een beschadiging van iemands eigendom. De laatste categorie, de schending van een maatschappelijke norm, is echter de meest voorkomende grond. Ook hier draait het om de verhouding tussen de schadeveroorzaker en de benadeelde en de bescherming van de belangen van de benadeelde.

De procedure is erop geënt vast te stellen dat er een schending is, er geen rechtvaardigingsgrond voor de schadeveroorzaker is, er toerekenbaarheid van de schadeveroorzakende handeling aan de schadeveroorzaker mogelijk is, schade (ofwel vermogensschade of ander nadeel) vastgesteld kan worden, en er een causaal verband is tussen de handeling en de schade. Daarnaast is er de relativiteitsnorm van artikel 6:163 BW die erin voorziet dat de overtreden norm ook ter bescherming van het geschonden belang dient.

⁶⁶ HR 11 juli 2014 (Eneco Holding / Stichting Ronde van Nederland).

⁶⁷ C.E. Du Perron, Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking (diss. 1999).

⁶⁸ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex)

2.2.3 Beschrijving bestaande alternatieven

In deze paragraaf wordt ingegaan op de ontwikkelingen in het civielrecht waarmee het traditionele paradigma van een individueel belang en individuele schade wordt opgerekt. Eerst worden uitzonderingen op bilaterale rechtsverhoudingen en uitzonderingen op het standaard individueel belang van vermogensschade kort besproken. Vervolgens worden de mogelijkheden tot behartiging van collectieve en algemene belangen uiteengezet.

2.2.3.1 Meerpartijen verhoudingen, derdenwerking en schade

De maatschappelijke werkelijkheid is vaak anders dan een ‘simpele’ bilaterale rechtsverhouding. Door de economische vooruitgang en de globalisering is in de samenleving schaalvergroting opgetreden; partijen raken steeds meer met elkaar verweven en van elkaar afhankelijk. Ook binnen Big Data processen van overheidssectoren neemt de rol van private actoren toe, bijvoorbeeld op het gebied van *data science* expertise en het ontwikkelen van algoritmen. Zo ontstaat er een veelheid aan actoren die een rol spelen bij een vermeende inbreuk. Er zijn dan ook uitzonderingen op het uitgangspunt als vervat in het relativiteitsbeginsel.⁶⁹ Ook kan wanprestatie een onrechtmatige daad opleveren jegens een derde.⁷⁰ Daarnaast is er in het algemeen derdenwerking mogelijk, bijvoorbeeld van exoneratiebedingen,⁷¹ zijn er op grond van artikel 6:253 BW derdenbedingen mogelijk, en op grond van artikel 6:252 BW kwalitatieve verplichtingen.

Een punt van belang bij processen die breder zijn dan een bilaterale relatie en die het individuele belang overstijgen is de schade. De omvang van de schade, waaruit deze bestaat en bij wie deze zich voordoet is niet altijd duidelijk. Een type schade dat toe kan nemen bij schaalvergroting is massaschade. Dat is schade die het gevolg is van een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen, waardoor aan een veelheid van personen schade is toegebracht, waarvoor een of meer personen aansprakelijk kunnen worden gehouden.⁷²

In de literatuur worden verschillende definities gegeven van het begrip massaschade.⁷³ Ook wordt aangegeven dat het vanwege de vele verschijningsvormen en de complexiteit van de materie het moeilijk is om één allesomvattende definitie te geven van het begrip massaschade.⁷⁴ De kern van de definities komt echter vaak overeen: het gaat om een groep

⁶⁹ Hoge Raad van 11 juli 2014 (Eneco Holding / Stichting Ronde van Nederland).

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld HR 14 juli 2017 ECLI:NL:HR:2017:1355.

⁷¹ HR 7 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB7416 (Gegaste uien); HR 13 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2298 (Securicor); HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (Deka-Hanno/Citronas); HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0927 (Gestolen Hammen); HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4429 (Sungreen).

⁷² Een definitie van het begrip “massaschade” wordt in de wet niet gegeven. Wel gaat het volgens artikel 7:907 lid 1 BW om “schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen.” Daarnaast is in de literatuur bovenstaande omschrijving overgenomen en als volgt aangevuld: “waardoor een of meer personen aansprakelijk zijn en waarbij er een veelheid is van ‘personen aan wie de schade is veroorzaakt’”. A.I.M. Van Mierlo e.a., ‘Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade’, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2005, p. 12.

⁷³ Bijvoorbeeld gebeurtenissen die voor vele mensen tot schade kunnen leiden: J. Spier e.a., ‘Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding’, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 403. “Massale schadegevallen waarbij een of enkele veroorzakers” en regelmatig “honderden of (tien) duizenden benadeelden betrokken kunnen zijn”: K. Van Doorn en M. De Bruijn, ‘Collectieve afwikkeling van massaschade. Verdeelsleutel voor vergoedingen aan individuele benadeelden’, NJB 2013, 2856, p. 1. “Een groot aantal personen gedupeerd is door dezelfde (soort) gebeurtenis en daarom voor het schadeverhaal dezelfde althans nauw verwante feitelijke en juridische vragen beantwoording behoeven.”: R. S. Meijer, ‘Massaschade’, *Ars Aequi* 2007, AA20070748, p. 748.

⁷⁴ R. S. Meijer, ‘Massaschade’, *Ars Aequi* 2007, AA20070748, p. 748.

benadeelden die schade heeft geleden en te maken heeft met één of een aantal schadeveroorzakende partij(en). Het gaat hier dan om een situatie waarbij hoewel een grote groep mensen een geschil heeft met de overheid, gelijke juridische en feitelijke vragen aan dat geschil ten grondslag liggen.⁷⁵

In de literatuur wordt tevens onderscheid gemaakt tussen twee soorten massaschades: strooischade⁷⁶ en substantiële massaschade. Dit onderscheid wordt gemaakt op grond van de opportuniteit ten aanzien van het instellen van een individuele schadevergoedingsactie per benadeelde aan de hand van een kosten-baten analyse.⁷⁷ Het betekent dat wordt gekeken naar de kans en kosten van individueel procederen. Bij strooischade gaat het om gevallen, waarbij de schade (financieel of anderszins) gezien zo ‘klein’ is, dat men niet snel geneigd zal zijn om individueel te procederen.⁷⁸ Het individuele nadeel dat gedupeerden lijden is bij strooischade relatief gering.⁷⁹ Een individuele actie zal met het oog op kosten en moeite niet lonen.

Bij strooischade moet men denken enerzijds aan bijvoorbeeld schade opgelopen door verkeerde kostenberekeningen door telefonie-, energie-, of internetbedrijven.⁸⁰ Ook kan gedacht worden aan schade als gevolg van vertragingen in het openbaar vervoer⁸¹ of aan schade opgelopen ten gevolge van misleidende loterijen.⁸² Anderzijds kunnen ook schendingen van gegevensbeschermingsrechten onder strooischade worden gerangschikt, omdat de omvang van de individuele, in de eerste plaats en vooral immateriële, schade het voor rechtzoekenden niet lonend of opportuun maakt om daartegen op te treden. De meest aangewezen manier om in gevallen van strooischade handhavend op te treden is via een collectieve actie. Voor zover in gevallen van strooischade individuele acties worden ingesteld, gebeurt dat ofwel in het kader van een zogenoemde proefprocedure, ofwel in combinatie met een collectieve actie. Bij substantiële massaschade gaat het om schade waarbij een individuele actie opportuun is in het licht van de uitkomst en een kosten-baten analyse.⁸³ Deze categorie blijft hier verder buiten beschouwing, omdat data-inbreuken niet onder deze definitie van substantiële massaschade vallen.

In het geval van Big Data processen kan de schade echter ook bestaan uit andere schade dan vermogensschade. Burgers kunnen zich geschaad voelen bijvoorbeeld in hun recht op privacy of non-discriminatie zonder dat er sprake is van rechtstreekse financiële gevolgen. Hoewel civielrechtelijke procedures sterk gekoppeld zijn aan vermogensschade zijn er mogelijkheden om ander soort schade te erkennen. Artikel 6:106 BW opent de mogelijkheid immateriële schadevergoeding of smartengeld toe te kennen. Het moet dan gaan om lichamelijk letsel, een schending van de eer of goede naam van een persoon, of ander nadeel. In de jurisprudentie

⁷⁵ “De mate waarin sprake is van gemeenschappelijkheid in de feitelijke en in de juridische vraagstelling kan variëren, en zal vaak samenhangen met de aard van de normschendende gebeurtenis”: I. N. Tzankova, ‘Toegang tot het recht bij massaschade’, Deventer: Kluwer 2007, p. 1.

⁷⁶ I. N. Tzankova, ‘Strooischade: een verkennend onderzoek een nieuw rechtsfenomeen’, 2005, Den Haag.

⁷⁷ I. N. Tzankova, ‘Toegang tot het recht bij massaschade’, Deventer: Kluwer 2007, p. 3.

⁷⁸ W. H. Van Boom, I. N. Tzankova, ‘Toegang tot het recht bij massaschade’, Dissertatie Universiteit van Tilburg 2007, WPNR 2008, p. 2.

⁷⁹ G. Van Dijck, K. Van Doorn & I. Tzankova, ‘Reguleren van de afwikkeling van massaschade. Over opt-in/opt-out, inzichten voor de praktijk en de noodzaak van meer (empirisch) onderzoek’, NJB 2011, p. 4.

⁸⁰ W. H. Boom e.a. ‘Strooischade. Een verkennend (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de mogelijkheden tot optreden tegen strooischade in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Rotterdam: Erasmus universiteit Rotterdam, 2009, p. 7.

⁸¹ W. H. Boom e.a., p. 109

⁸² W. H. Boom e.a., p. 110.

⁸³ I. N. Tzankova, ‘Toegang tot het recht bij massaschade’, Deventer: Kluwer 2007, p. 2.

van de Hoge Raad is bevestigd en verder uitgewerkt dat het kan gaan om lichamelijk letsel,⁸⁴ een schending van de eer of goede naam van een persoon⁸⁵ of ander nadeel zoals geestelijk letsel.⁸⁶ De categorie ‘ander nadeel’ kan volgens de wetsgeschiedenis ook zien op een inbreuk op rechten zoals het recht op de persoonlijke levenssfeer.⁸⁷ Artikel 6:106 lid 1 sub a BW stelt wel de voorwaarde dat de aansprakelijke persoon het oogmerk moet hebben gehad dit nadeel toe te brengen. Bij de hierboven genoemde gevallen gaat het dus niet om het stuk vermogensschade dat samenhangt met bijvoorbeeld het herstel van lichamelijk letsel, maar het stuk schade dat niet een duidelijke waarde heeft, zoals pijn, affectieschade of schokschade. De immateriële schadevergoeding kan verschillende functies vervullen, zo kan het gaan om compensatie van pijn of verdriet, of genoegdoening aan de benadeelde voor een geschokt rechtsgevoel, daarnaast zou er van een immateriële schadevergoeding een preventieve werking uit kunnen gaan.⁸⁸ De schadevergoeding wordt door de rechter naar billijkheid vastgesteld waarbij rechtseenheid wordt beoogd maar de rechter desalniettemin een grote discretionaire bevoegdheid heeft.⁸⁹

2.2.3.2 Collectieve acties

Naast de standaardacties door individuele belanghebbenden die opkomen voor hun eigen belangen, kunnen ook collectieve acties worden gestart met een beroep op art. 3:305a e.v. BW. Deze kan betrekking hebben op een algemeen belang en/of op een groepsbelang. Een algemeen belang-actie raakt een ieder, een groepsactie raakt primair de belangen van een specifieke groep. Problemen met Big Data kunnen tot algemeen belang-acties nopen wanneer het gaat om Big Data inzet die bijvoorbeeld de maatschappij als geheel raakt en ingebed is in algemeen beleid. Zo zijn er bijvoorbeeld procedures geweest als de zaak omtrent de bewaarplicht telecommunicatie gegevens waarbij een wet buiten werking werd gesteld.⁹⁰ Bij collectieve belangen kan gedacht worden aan de inzet van Big Data op een specifiek terrein of een bepaald geografisch gebied waar belangen van een groep op het spel staan. Financiële schades zullen eerder als een collectieve groepsactie kwalificeren, hoewel zij via de bescherming van een enger groepsbelang indirect aan de behartiging van een groter en ruimer algemeen belang kunnen bijdragen.⁹¹

Het Nederlandse collectief actierecht is neergelegd in artikel 3:305a e.v. BW. Dit artikel trad in 1994 in werking. Een van de redenen voor de invoering van een algemene regeling betreffende een collectief actierecht, was het kunnen optreden van belangenorganisaties, wanneer voor individuen beperkte schade op het spel stond, maar er gebundeld sprake was van aanzienlijke belangen. Ook werd de drempel voor belangenorganisaties lager om naar de rechter te stappen, waardoor het makkelijker zou worden voor benadeelden om voor hun rechten op te komen met behulp van de belangenorganisaties. Via de collectieve actie kan een

⁸⁴ HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (Coma-arrest); HR 29 juni 2012, NJ 2012, 410.

⁸⁵ HR 4 oktober 2013, NJ 2013, 479.

⁸⁶ HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216.

⁸⁷ Zie Toelichting vraagpunt 11, Parl. Gesch. Boek 6, p. 371; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380; VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 379 en MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 382-383.

⁸⁸ G. J. M. Verburg, Vaststelling van smartengeld (diss.), Meijers-reeks, Deventer: Kluwer 2009, p. 3.

⁸⁹ G. J. M. Verburg, Vaststelling van smartengeld (diss.), Meijers-reeks, Deventer: Kluwer 2009.

⁹⁰ Rechtbank Den Haag, 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

⁹¹ Bijvoorbeeld: het collectief optreden van benadeelde consumenten in het beleggingsverzekeringsdossier heeft primair tot doel om hun groepsbelang te dienen en een oplossing te vinden voor het door hen aangeschafte product. Het kan subsidiair een meer algemeen (consumenten) belang dienen dat verzekeraars transparant moeten zijn over door hen aangeboden financiële producten en/of dat financiële instellingen geen ondeugdelijke financiële producten op de markt moeten brengen.

stichting of een vereniging een vordering instellen bij de rechter voor een groep benadeelden die massaschade heeft geleden. Dit ter behartiging van de belangen van deze benadeelden.

Op grond van artikel 3:305a lid 1 BW kan een vereniging of stichting die een volledige rechtsbevoegdheid heeft *“een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt”*. Het moet in casu gaan om een stichting omschreven in de artikelen 2:285 tot en met 2:305 BW. Onder vereniging wordt volgens artikel 2:285 verstaan: *“Een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.”* Bij een vereniging gaat het om een vereniging in de zin van artikelen 2:26 tot en met 2:52 BW. Een vereniging is volgens artikel 2:26 lid 1 BW *“een rechtspersoon met leden die is gericht op een bepaald doel”*.

Als het gaat om belangenbehartiger in de zin van artikel 3:305a BW, moet het gaan om een vereniging of stichting die een volledige rechtsbevoegdheid heeft. Een vereniging is, in tegenstelling tot een stichting, niet automatisch volledig rechtsbevoegd. Om een volledige rechtsbevoegdheid te hebben, moeten de statuten van de vereniging opgenomen zijn in een notariële akte. Daarnaast moet volgens lid 1 van artikel 3:305a BW het belang van de stichting of vereniging in de statuten staan. Daarnaast moeten er *“activiteiten op het desbetreffende gebied zijn ontplooid,”*⁹² maar in de praktijk kan vrij snel daaraan voldaan zijn.

Vrijwel iedere vordering kan worden ingesteld in een collectieve actie. Hierbij valt te denken aan een ontbinding van een overeenkomst, nakoming van een overeenkomst, een rechtelijk ge- of verbod, een rectificatie (op grond van artikel 6:167 BW) of een nakoming van een overeenkomst of ongedaanmakingsverbintenis. Er is wel een grote uitzondering: een collectieve schadevergoedingsvordering is niet mogelijk. Er is bewust gekozen voor het niet kunnen vorderen van een schadevergoeding in de vorm van geld: *“Wegens het uitgangspunt dat schadevergoeding moet worden uitgekeerd aan personen die deze schade hebben geleden en wegens de technisch-juridische problemen die zouden ontstaan.”*⁹³ Uit de memorie van toelichting blijkt dat een vordering tot schadevergoeding afhangt van verschillende individuele omstandigheden, bijvoorbeeld de mate van eigen schuld aan de zijde van de benadeelden, de mate van eigen schuld bij het causale verband of bijvoorbeeld andere factoren die een rol spelen bij het causale verband.⁹⁴ Willen gedupeerden een schadevergoeding toch in de vorm van geld, dan zullen zij alsnog individueel naar de rechter moeten stappen om een dergelijke vergoeding te krijgen. De belangenorganisatie zal in dit geval om een declaratoir vonnis vragen, op basis waarvan individuen zelf naar de rechter zouden kunnen stappen.

Volgens lid 2 van artikel 3:305a BW kan gevergd worden dat de rechtspersoon, dus in dit geval de vereniging of de stichting, eerst door middel van overleg met de gedaagde tot het gevorderde doel tracht te komen. De rechtspersoon kan hiervoor een verzoek tot overleg, onder vermelding van het gevorderde, indienen bij de benadeelde. Doet de rechtspersoon dit niet, dan kan deze rechtspersoon niet-ontvankelijk verklaard worden. Ook kan een rechtspersoon volgens lid 2 niet-ontvankelijk verklaard worden *“indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn”*. Deze bepaling is in 2013 toegevoegd om te

⁹² C. J. J. M. Stolker, ‘T&C, commentaar op art 3:305a BW’, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 4.

⁹³ C. J. J. M. Stolker, ‘T&C, commentaar op art 3:305a BW’, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 5.

⁹⁴ Kamerstukken II 2003/4, 29414, 3, p. 5 (MvT).

voorkomen dat “claimstichtingen het collectief actierecht zouden gebruiken voor eigen commerciële doelstellingen”.⁹⁵

Naast de collectieve actie onder artikel 3:305a e.v. BW zou ook als collectieve afdoeningsmodaliteit kunnen worden gezien de mogelijkheid tot het verbindend verklaren van een schikking. De verbindendverklaring van een schikking, gebaseerd op de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM), kan de afwikkeling van schade op grote schaal faciliteren.

De WCAM is geïmplementeerd in boek 7 van het BW in de artikelen 7:907-910 BW en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de artikelen 1013 – 1018a Rv. Nadat onderhandeld is tussen een of meerdere belangenbehartigers van benadeelden en schadeveroorzakers en hieruit een schikkingsovereenkomst is voortgekomen kan een verzoekschrift worden ingediend om deze schikking door het Hof Amsterdam verbindend te laten verklaren.⁹⁶ Benadeelden zijn dan aan de schikking verbonden tenzij ze kiezen voor een opt-out. De WCAM is ingevoerd in 2005 naar aanleiding van de DES-zaak. Eiseressen in de DES-zaak waren de zogenaamde ‘DES-dochters’ die leden aan een lichamelijke aandoening veroorzaakt door het gebruik van DES-tabletten door hun moeders tijdens de zwangerschap.⁹⁷ Op 9 oktober 1992 oordeelde de Hoge Raad dat er sprake was van hoofdelijke aansprakelijkheid van de farmaceutische producenten.⁹⁸ In deze zaak ging de Hoge Raad in op artikel 6:99 BW en vraagstukken van causaliteit en bewijs. Een stichting die opkwam voor de belangen van de benadeelden heeft vervolgens in 2000 een schikking getroffen met de farmaceutische bedrijven en met verzekeraars.⁹⁹

In 2005 volgde de WCAM procedure: een verzoekschrift tot verbindend verklaring van de schikking werd ingediend en op 1 juni 2006 verklaarde het Hof Amsterdam¹⁰⁰ de schikking verbindend. Vervolgens bleek dat na het voldoen van alle verplichtingen er nog een ruim bedrag van het schikkingsbedrag overbleef en er werd een tweede schikking getroffen ten aanzien van de DES-kleinkinderen voor schade bestaande uit handicaps die kunnen voortkomen uit vroeggeboorte door het gebruik van het DES-hormoon. In 2013 werd een verzoekschrift ingediend om het overgebleven bedrag aan te wenden voor de tweede schikkingsovereenkomst en op 24 juni 2014 werd de schikking door het Hof Amsterdam verbindend verklaard.¹⁰¹

Opvallend is dat de WCAM in eerste instantie is ingevoerd naar aanleiding van letselschade en productaansprakelijkheid, maar daarna vooral gebruikt is in zaken waar vermogensschade centraal staat, zoals zaken rondom beleggingen, verzekeringen en effecten lease. De zes verbindendverklaringen die volgden waren in de volgende zaken: de Dexia-zaak in 2007;¹⁰² de Vie d’Or zaak in 2009;¹⁰³ de Shell-zaak, ook in 2009;¹⁰⁴ de Vedioor-zaak, ook in 2009;¹⁰⁵ de

⁹⁵ C.J.J. M. Stolker, ‘T&C, commentaar op art 3:305a BW’, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 26.

⁹⁶ Zie ook I. Tillema, ‘Tien jaar WCAM: een overzicht’, MvO 2016 nr. 3 & 4, p. 90.

⁹⁷ HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535, r.o. 1.

⁹⁸ HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535.

⁹⁹ Tillema, MvO 2016 nr. 3 & 4, p. 92

¹⁰⁰ Hof Amsterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6440.

¹⁰¹ Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2372.

¹⁰² Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033.

¹⁰³ Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717.

¹⁰⁴ Hof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744.

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2691.

Converium-zaak in 2012;¹⁰⁶ en de DSB-zaak in 2014.¹⁰⁷ Het aantal verbindendverklaringen tot dusver is maar beperkt waarmee de WCAM niet tot een claimcultuur lijkt te leiden. Echter, er is een aantal probleempunten. In een aantal zaken, zoals bij DSB en Dexia, waren er meerdere belangenbehartigers betrokken die met elkaar concurreerden, wat vragen oproept over de kwaliteit van de belangenbehartigers. Daarnaast is het maar de vraag of de WCAM tegemoet komt aan alle belangen van benadeelden. Zo concludeert Van Doorn dat de collectieve afwikkeling weliswaar kosten en inspanningen voorkomt, maar tekort kan doen aan individuele belangen van benadeelden.¹⁰⁸ In 2013 is de WCAM nog gewijzigd.¹⁰⁹ Zo was het van 2005 tot 2013 alleen mogelijk vorderingen tot schadevergoeding verbindend te laten verklaren maar kunnen nu na de wijziging ook andersoortige aspecten van een dergelijke schikking verbindend verklaard worden.¹¹⁰

Volledigheidshalve wordt hier ook de inmiddels aangenomen Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie besproken.¹¹¹ De directe aanleiding voor een wetsvoorstel¹¹², dat op 15 november 2016 werd ingediend bij de Tweede Kamer, werd gevormd door de motie Dijkema uit 2011, waarin de wens werd geuit om de mogelijkheden tot collectief schadeverhaal in de wet te regelen ten einde de slagvaardigheid van het collectieve actie-recht te vergroten.¹¹³ Het momentum werd door een samenwerkende lobby van de meer gevestigde belangenbehartigers en advocaten van verweerders gebruikt om tevens een tweetal knelpunten van de huidige regeling te adresseren: de concurrerende belangenorganisaties met soms twijfelachtige governance en commerciële motieven¹¹⁴ en het bereiken van finaliteit bij de massaschade-afwikkeling.¹¹⁵ Dat resulteerde in 2015 in een “Aanbeveling van de Juristengroep”¹¹⁶ die de basis vormde voor het wetsvoorstel.¹¹⁷ Uiteindelijk is het voorstel op 20 maart 2019 aangenomen tot wet.¹¹⁸

De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie voegt de mogelijkheid toe dat de rechter een schadevergoeding vaststelt in een collectieve procedure. Op Europees niveau ligt er een wetsvoorstel voor een richtlijn op het gebied van collectieve belangenbehartiging van consumenten.¹¹⁹ Dit ontwerp voor een richtlijn zou voor de Nederlandse wetgever een steun

¹⁰⁶ Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026.

¹⁰⁷ Hof Amsterdam 4 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4560.

¹⁰⁸ C. J. M. van Doorn, ‘De mensen achter de grote getallen’, NTBR 2016/21.

¹⁰⁹ Stb. 2013, 256.

¹¹⁰ C. J. M. Klaassen, ‘De rol van de (gewijzigde) WCAM bij de collectieve afwikkeling van massaschade 'en nog wat van die dingen', AA 627, 2013, p. 630.

¹¹¹ Tijdens het schrijven van het rapport was het wetsvoorstel nog aanhangig. Inmiddels is het op 20 maart 2019 aangenomen tot wet.

¹¹² Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 2

¹¹³ Kamerstuk 2011/12, 33 000 XIII, nr. 14.

¹¹⁴ Zie ook W. H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen’, WPNR 2017/7145, § 3.2.,

¹¹⁵ R. M. Hermans, De oorzaken van het niet totstandkomen van collectieve schikkingen in massaschadezaken in: M. Holtzer, A. F. J. A. Leijten en D. J. Oranje (red.), ‘Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation’, 2014-2015, Deventer, Kluwer.

¹¹⁶ De Juristengroep die de Aanbevelingen heeft opgesteld, bestaat uit Olav Haazen, Femke Hendriks, Niels Lemmers, Jurjen Lemstra, Daan Lunsingh Scheurleer en Brechje van der Velden.

¹¹⁷ Voor een kritische bespreking van wat de wetgever links heeft laten liggen zie C. M. D. S Pavillon & D. G. J. Althoff, ‘Wijze raad is halve daad of veel raad maar weinig baat?’, Maandblad voor Vermogensrecht 2017, afl. 3, p. 104-115.

¹¹⁸ Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), Stb. 2019, 130.

¹¹⁹ Voorstel voor Richtlijn representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten (COM 2018 (184)).

in de rug kunnen zijn om ook in Nederland een schadevergoedingsactie te introduceren op collectief niveau.¹²⁰ De Europese richtlijn beoogt geen totale harmonisatie dus laat het de Nederlandse wetgever vrij om zelf regels te stellen. De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie beoogt geen veranderingen aan te brengen in het huidige materiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er wordt alleen de mogelijkheid gecreëerd om een schadevergoeding ook op collectief niveau te eisen. De hoofdlijnen van het wetsvoorstel en de nieuwe wet zijn als volgt:

- De wet wil schikken aantrekkelijker maken door verbetering van de kwaliteit van collectieve belangenbehartigers, coördinatie van collectieve procedures en meer finaliteit.
- Er komt één regime voor collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW, ongeacht of ze strekken tot schadevergoeding in geld of niet.
- De ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties voor het instellen van een collectieve vordering worden aangescherpt op het punt van governance, financiering en representativiteit. Een uitzondering geldt voor bepaalde gevallen waarin het stellen van deze eisen disproportioneel zouden zijn.
- Een collectieve vordering moet een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer.
- Alle collectieve acties moeten als vorderingsprocedure worden aangebracht bij de rechtbank Amsterdam en worden aangetekend in een register voor collectieve acties.
- Als meer belangenorganisaties een collectieve vordering willen instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen, wijst de rechter uit hun midden de meest geschikte aan als Exclusieve Belangenbehartiger voor alle gedupeerden.
- De niet-aangewezen belangenbehartigers blijven wel partij in de procedure.
- Na aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger kunnen gedupeerden zich aan de collectieve belangenbehartiging onttrekken door een *opt out*.
- De uitspraak van de rechter in de procedure is bindend voor alle gedupeerden die geen *opt out* hebben ingeroepen.¹²¹

De wet beoogt schikken aantrekkelijker te maken door verbetering van de kwaliteit van collectieve belangenbehartigers, coördinatie van collectieve procedures en meer finaliteit. Om dit te bereiken wordt één regime voor alle collectieve acties geïntroduceerd, ongeacht of ze strekken tot vergoeding in geld of een algemeen belang actie betreffen en worden de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties aangescherpt op het punt van governance, financiering en representativiteit. De Claimcode, een zelfreguleringsinitiatief dat governance verbetering van belangenorganisaties nastreeft, is wettelijk verankerd. Financiële draagkracht zal expliciet getoetst gaan worden en van belangenorganisaties wordt een voldoende grote achterban verlangd. Feitelijk komen deze wijzigingen erop neer dat van een belangenorganisatie die van plan is een 305a-actie in te stellen verlangd zou kunnen worden een deskundig en professioneel driekoppig bestuur te hebben en dito raad van toezicht, een website moet onderhouden die aan allerlei content vereisten moet voldoen en het bestaan van een achterban moet kunnen laten zien. Ook zal van de belangenorganisatie worden verlangd om aan te tonen dat zij voldoende financiële middelen heeft om de actie deugdelijk te voeren en tot een goed einde te brengen. Jaarlijks moet een financiële verantwoording via een accountant worden afgelegd.

¹²⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 608, nr. 11.

¹²¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 608, nr. 3.

Tevens wordt er een *scope rule* geïntroduceerd die ervoor moet zorgen dat de collectieve vordering voldoende nauwe band heeft met de Nederlandse rechtssfeer, maar deze eis lijkt geen belemmering voor een 305a-actie te zijn. Als meer partijen een collectieve vordering willen instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen, wijst de rechter uit hun midden de meest geschikte aan als exclusieve belangenbehartiger (ebb) voor alle gedupeerden. Een openbaar register, waarin collectieve acties moeten worden gemeld, moet dit proces faciliteren. Na de aanwijzing van een ebb kunnen gedupeerden zich aan de procedure onttrekken door middel van *opt out*. De uitspraak van rechtbank Amsterdam die bij uitsluiting bevoegd is om collectieve vorderingen te beoordelen is vervolgens bindend voor alle benadeelden die niet zijn uitgestapt.

Hoewel er ook waardering is voor de wet, lijkt de kritische toon te domineren.¹²² Een van de aangevoerde bezwaren ten tijde van het aanhangige wetsvoorstel was dat het onnodig de voorwaarden voor alle collectieve acties verzwaart, waaronder de algemeen belangacties, en niet alleen voor die strekkende tot schadevergoeding. Meer in het bijzonder betekent dit een aanzienlijke verzwaring van de ontvankelijkheidstoets van belangenorganisaties die algemeen belang-acties instellen ten opzichte van de huidige situatie, hoewel de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om in dergelijke gevallen soepeler om te gaan met de wettelijke toets. De vraag is hoe de rechter gebruik zal maken van deze discretionaire bevoegdheid. Een uitgangspunt blijft dat een belangenorganisatie in beginsel aan de extra vereisten moet voldoen en dat een uitzondering daarop gerechtvaardigd moet worden. Dat is een substantiële verzwaring ten opzichte van de huidige situatie en zal naar verwachting tot een extra vertraging en zogenoemde '*satellite litigation*' in procedures leiden.

2.2.4 Knelpunten die nog overblijven

De civiele rechter zou bevoegd moeten zijn wanneer de burger de vordering inkleedt als onrechtmatige daad op grond van art. 112 lid 1 GW en HR Guldemond/Noordwijkerhout. Echter, het bestaan van een bestuursrechtelijke voorziening kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van de civiele rechter, waarmee het dus van belang is of het geding ziet op een besluit of niet. De civiele rechter gaat uit van de formele rechtskracht van een besluit wanneer er een bestuursrechtelijke voorziening heeft opengestaan en daar geen gebruik van is gemaakt. In de afgelopen vijf jaar hebben diverse algemeen belang acties aangespannen tegen de overheid op de voet van art. 3:305a e.v. BW, o.a geresulteerd in twee belangrijke arresten van de Hoge Raad voor onze vraagstelling: Staat/Vreemdelingenorganisaties¹²³ en Staat/Stichting Privacy First.¹²⁴ De afdrank van deze rechtspraak is dat een collectieve algemeen belangactie in de meeste gevallen onmogelijk is en/of zal zijn, indien voor de achterban van de desbetreffende belangenorganisatie een individuele rechtsgang bij de bestuursrechter openstond c.q. open staat. De desbetreffende belangenorganisatie is dan niet-ontvankelijk:

¹²² O. a. E. Bauw & S. Voet, 'Van stok achter de deur tot keurslijf? Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie', NJB 2017, p. 244 e.v.. M. de Vries, 'Voortmodderen met de massaclaims', Advocatenblad 2017, nr. 8, p. 50-53, W. H. van Boom, 'Wetsvoorstel richt zwaar geschat op alle collectieve acties', <<https://willemvanboom.blog/2017/02/27/wetsontwerp-collectieve-schadevergoedingsactie/>>. W. H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen', WPNR 2017/7145. Milder zijn Pavillon & Althoff.

¹²³ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314

¹²⁴ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.

“Met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter kan immers in gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele belanghebbenden is opgedragen aan de bestuursrechter, de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan.”¹²⁵

Aangezien een individuele rechtsgang bij de bestuursrechter tegen ingrijpend overheidsoptreden vaak beschikbaar zal zijn omdat het merendeel van de zaken op besluiten zal zien, heeft deze rechtspraak feitelijk tot gevolg dat het collectieve actie-recht en/of het civiele recht daar nauwelijks een rol van betekenis kan spelen. De niet-ontvankelijkheid van de desbetreffende belangenorganisatie in de collectieve actie volgt niet uit de toepassing van de diverse criteria neergelegd in art. 3:305a e.v. BW als zodanig. Ook blijkt uit dezelfde rechtspraak dat van een uitzondering niet snel sprake zal zijn. Een uitzondering is denkbaar, indien de belangenorganisatie een eigen belang heeft om tegen dergelijke inbreuken te ageren. Daarvan zal echter niet snel sprake zal zijn:

“Wil sprake zijn van een eigen belang (...) dan moet het gaan om een belang dat zelfstandig wordt beschermd door de norm(en) waarop de vordering van de belangenorganisatie is gebaseerd (...) en dus niet om een belang dat enkel voortvloeit uit het opkomen voor de gebundelde belangen, en dat uitsluitend van die belangen is afgeleid. Anders zou een belangenorganisatie immers vrijwel steeds bij de burgerlijke rechter ontvankelijk zijn in een vordering als de onderhavige, nu zij vrijwel steeds zal kunnen wijzen op een dergelijk afgeleid belang, wat zou leiden tot doorkruising van de hiervoor (...) vermelde behoorlijke taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter.”¹²⁶

De lagere rechtspraak lijkt deze lijn inmiddels te hebben opgepikt bijvoorbeeld in de zaak Belastingdienst/Ver. Nederlandse Woonbond e.a.¹²⁷ Een belangrijk gevolg van het bovenstaande is dat het collectieve actie-recht alleen betrekking kan hebben op aanspraken tegen de overheid voor het gebruik van Big Data dat voortvloeit uit privaatrechtelijke handelingen van de overheid: handelingen die de overheid in een private rol verricht als deelnemer aan het economisch verkeer en/of handelingen waarvoor geen publiekrechtelijke grondslag is, waardoor burgers geen toegang hebben tot individuele rechtsbescherming via het bestuursrecht. Een voorbeeld van een dergelijke situatie zou kunnen zijn het gebruik door de lagere overheid van social media, waardoor gemeenten surfgedrag van hun sitebezoekers doorgeven aan derde partijen (Google en Facebook).

Een ander (vooralsnog fictief) voorbeeld betreft de verkoop van gegevens door de Raad voor de Rechtspraak aan commerciële partijen die specialiseren in legal tech en op basis van deze datasets producten en diensten ontwikkelen over procesgedrag, voorspelling uitkomsten procedures etc. Onder de huidige regelgeving is het procedureel gezien mogelijk om op de voet van artikel 3:305a e.v. BW een collectieve actie in te stellen tegen de lokale overheid en een gebod of verbod te vorderen om dergelijke praktijken te corrigeren. Wanneer er sprake is van een besluit op grond waarvan burgers zich tot de bestuursrechter kunnen wenden zal die weg genomen moeten worden. Er zijn echter wel handelingen van de overheid op het gebied van Big Data, zoals ook feitelijke handelingen, waar niet zozeer een besluit centraal staat en burgers van de weg naar de civiele rechter gebruik kunnen maken.

¹²⁵ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.

¹²⁶ HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.

¹²⁷ Rb. Den Haag 10 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:171.

Een ander belangrijk knelpunt is het nog steeds dominant zijn van vermogensschade binnen civielrechtelijke procedures. In het geval van zaken die zien op Big Data zal ander nadeel een steeds toenemende rol gaan spelen en zal er ook ruimte moeten zijn voor het starten van collectieve procedures op die basis en het toekennen van immateriële schadevergoeding waar nodig (bijvoorbeeld ook als prikkel om hierover procedures te voeren). Immateriële schade wordt in de Nederlandse context maar zeer beperkt toegekend, wat onder meer gevolgen heeft voor de financiering van rechtspersonen die willen opkomen voor immateriële belangen.

Nu de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is aangenomen zal de bruikbaarheid van de algemeen belangactie van art. 3:305a e.v. BW voor het adresseren van inbreuken als waar het hier om gaat naar verwachting verder afnemen. Het zal in het algemeen omslachtiger en kostbaarder zijn om een collectieve actie te initiëren, terwijl het, zeker in het geval van algemeen belang-acties, niet evident is dat de financieringsmogelijkheden verruimd zijn en/of in voldoende mate aanwezig.¹²⁸ De financiële dynamiek van massaschade en collectieve acties interacteert met de bestaande financieel-juridische infrastructuur van een rechtssysteem. De financieel-juridische infrastructuur is bijvoorbeeld de aan- of afwezigheid van proceskostenveroordelingen en de vormgeving daarvan, de aan- of afwezigheid van griffierechten en de hoogte daarvan en de al dan niet toelaatbaarheid van een resultaatafhankelijke beloning en de aanwezigheid van alternatieve financieringsbronnen. Het samenspel van dit geheel aan factoren bepaalt hoe een collectieve actieregeling in de praktijk functioneert.¹²⁹

Belangenorganisaties komen niet in aanmerking voor gefinancierde rechtshulp nog los van de vraag of deze in het algemeen onder druk staat en ook zullen belangenorganisaties doorgaans niet over een adequate rechtsbijstandsverzekering beschikken. Het vragen van een eigen bijdrage aan burgers is bij strooischade slechts een theoretische optie, hoewel de opkomst van crowdfunding en financieringsplatforms voor collectieve acties dit in de toekomst mogelijk zou kunnen veranderen.¹³⁰ Oplossingsrichtingen die verder verkend zouden kunnen worden (en die in sommige landen bestaan) zijn een afzonderlijk rechtsregime in te voeren voor de ontvankelijkheid van algemeen-belang acties en verder het opzetten van speciale financieringsfondsen voor algemeen belang-acties. Zolang de financiering een knelpunt blijft heeft het verruimen van ontvankelijkheidseisen of verlagen van schade vereisten niet veel nut.

2.2.5 Conclusie

Inbreuken naar aanleiding van Big Data gebruik kunnen naar hun aard het beste collectief worden geadresseerd, maar in het recht ligt het primaat op individuele rechtsbescherming. Toch lijkt het voornaamste knelpunt onder het huidige regime van art. 3:305a e.v. BW vooral voort te komen uit de beperkte reikwijdte van de (collectieve) rechtsbescherming die de civiele rechter kan bieden in geval van overheidsinbreuken die een publiekrechtelijke grondslag hebben. Door de Privacy First zaak van de Hoge Raad blijft de civiele overheidsrechter in die gevallen vaak 'buitenspel', terwijl (zoals hierna zal blijken) de collectieve rechtsbescherming via het bestuursrecht hiaten vertoont en niet gelijkwaardig is aan de collectieve rechtsbescherming die de civiele rechter kan bieden. Wanneer de wet ter afwikkeling van massaschade inwerking treedt, is de verwachting dat de rol van de civiele

¹²⁸ I. N. Tzankova, 'Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie: een oplossing voor welk probleem ook alweer?', TVP 2017, nr. 4, p. 107-119.

¹²⁹ I. N. Tzankova, 'Hoe globalisering-proof is het Nederlandse collectieve actie recht? Een reflectie. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht', Zutphen: Uitgeverij Paris, 2015.

¹³⁰ Vb: Claimshare: <<https://www.claimshare.com>>.

rechter voor de rechtsbescherming bij inbreuken door de overheid verder beperkt wordt door de algemene verzwaaring van de ontvankelijkheidstoets, ook voor algemeen belang-acties en de afwezigheid van adequate financieringsmogelijkheden.

2.3 Bestuursrecht

2.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal het Nederlandse bestuurs(proces)recht uiteen worden gezet voor wat betreft de rechtspositie van het individu en de mogelijkheid om individu-overstijgende belangen middels een rechtszaak te verdedigen. Daartoe zal eerste een korte uiteenzetting worden gedaan van het belanghebbende begrip, ten tweede zal worden stilgestaan bij de mogelijkheid voor rechtspersonen om een groepsbelang te verdedigen of een algemeen-belang actie te starten en ten derde zal kort worden beschreven welke problemen dit opwerpt voor het voortbrengen van Big Data gerelateerde zaken in het bestuursrecht.

2.3.2 Beschrijving status quo

Het klachtrecht binnen het bestuursrecht wordt in belangrijke mate bepaald door het belanghebbende begrip. Artikel 1:2 lid 1 Algemene wet bestuursrecht geeft: ‘Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.’ Het is de belanghebbende die het recht op bezwaar en beroep toekomt ten aanzien van besluiten. Onder besluit wordt ex artikel 1:3 lid 1 Awb verstaan: ‘een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.’ Artikel 8:1 AWB stelt: ‘Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de bestuursrechter.’ Artikel 7:1 stelt daarbij dat degene aan wie het recht is toegekend beroep bij een bestuursrechter in te stellen, alvorens beroep in te stellen bezwaar dient te maken.

Het ‘belang’ dat de belanghebbende zou moeten hebben is lastig te definiëren en in de literatuur wordt het als inherent vaag en fluïde begrip beschreven. Duidelijk is dat een belang zowel kan relateren aan materiële als aan immateriële belangen waarop een rechtssubject (de belanghebbende) een beroep doet. Toch zijn zuiver emotionele gevoelens doorgaans onvoldoende om als belanghebbende te worden aangemerkt. Duidelijk is ook dat het belang primair als het belang van de belanghebbende – een natuurlijk persoon – moet worden gezien. Het belanghebbende begrip is dan ook in sterke mate verbonden aan het individu (de burger) en zijn directe belangen.

Kortehaas geeft de volgende uitgangspunten bij het begrip belanghebbende: ‘Een natuurlijke persoon of rechtspersoon is slechts aan te merken als belanghebbende in de zin van de Algemene wet bestuursrecht als sprake is van een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar, actueel en rechtstreeks belang.

- a. Eigen belang: Men kan uitsluitend opkomen voor eigen belangen, en niet voor de belangen van anderen.
- b. Persoonlijk belang: Er is sprake van een persoonlijk belang als de belanghebbende zich onderscheidt. Men wordt eerst belanghebbende bij een besluit geacht als de eigen positie voldoende afwijkt van de positie van anderen. Te denken valt aan de positie van omwonenden in het kader van de verlening van een milieuvergunning ten opzichte van de positie van bijvoorbeeld enkel belangstellenden. Het nabijheids- of afstandscriterium is bepalend bij de afbakening van de kring van belanghebbenden. Het zichtcriterium is een ondersteunend criterium.

- c. Objectief bepaalbaar belang: Een objectief bepaalbaar belang overstijgt het louter subjectieve belang. Een belang dat slechts op gevoelsoverwegingen berust, is onvoldoende.
- d. Actueel belang: Men is slechts belanghebbende bij een besluit voorzover men op het moment van het nemen van het besluit al een belang heeft.
- e. Rechtstreeks belang: Er dient een voldoende causaal verband te zijn tussen het besluit en het belang. Een afgeleid belang is onvoldoende om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt.

Tot de belanghebbenden moet in de eerste plaats de geadresseerde van een besluit worden gerekend; degene tot wie een besluit is gericht. Maar ook anderen kunnen rechtstreeks bij een besluit zijn betrokken, de zogenaamde derdebelanghebbenden. De kring van belanghebbenden wordt bepaald door de feiten¹³¹

Belangrijk voor de in dit rapport beschreven Big Data problematiek is onder meer het vereiste van een actueel belang. Immers, bij Big Data is niet alleen het probleem dat veel van de toepassingen de samenleving in haar geheel raken – en niet persoon specifiek - het is ook vaak zo dat gevolgen van Big Data initiatieven zich niet direct laten duiden of dat het onbekend is wanneer bepaalde gevolgen zich zullen manifesteren. Het gaat vaak om meer structurele verschuivingen. Onder het bestuursrecht geldt het vereiste van een actueel belang, waar uit volgt dat de gevolgen van een besluit al aannemelijk moeten zijn op het moment dat de klacht wordt ingediend. In principe worden hypothetische en speculatieve aannames die ter ondersteuning van een klacht worden ingebracht niet meegenomen door de bestuursrechter.

Ook het vereiste van een rechtstreeks belang van de betrokkenen is tamelijk strikt. Er worden slechts in beperkte mate indirecte belangen meegenomen. Zo werd geoordeeld dat de grondeigenaar geen belanghebbende was bij het besluit een onvolledige aanvraag om een omgevingsvergunning (van een derde) niet in behandeling te nemen. Wiggers-Rust is dit een doorn in het oog: ‘Indirect betrokkenen kunnen door een bepaald besluit onder omstandigheden zwaarder zijn getroffen dan direct belanghebbenden.’¹³² Wel zijn in sommige gevallen derde belanghebbenden ook een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 AWB. Een bekend voorbeeld zijn de burens van de geadresseerde van een bouwvergunning.

Wiggers-Rust maakt in dit verband een onderscheid tussen categoriaal belanghebbenden en andere belanghebbenden. Categoriaal belanghebbenden zijn rechtssubjecten die bezwaar kunnen maken omdat zij voldoen aan algemene criteria, waarbij eerder de hoedanigheid van de belanghebbende dan het feitelijk aanwezig zijn van een reel belang bepalend is. Er bestaat dan een in beginsel onweerlegbaar rechtsvermoeden dat een betrokkenen een belanghebbende is. Zij geeft als voorbeeld de geadresseerde van een besluit, omwonenden, eigenaren van gebouwen of gronden, zakelijk gerechtigden, bewoners en gebruikers, concurrenten.¹³³

Daarnaast is voor de ontvankelijkheid van een klacht vereist dat er een causaal verband bestaat tussen het besluit waartegen wordt opgekomen en het vermeende effect. Dit is lang niet altijd duidelijk in bijvoorbeeld milieuzaken. In hoeverre een besluit om een bouwvergunning voor een fabriek met een beperkt uitstootniveau een negatief effect heeft op het milieu en het woon- en leefgenot van een omwonende is niet altijd duidelijk. Evenzo geldt dat bij eventuele ziektes die mogelijk het gevolg zouden kunnen zijn van milieuvuiling, dit

¹³¹ S. C. Kortehaas, ‘Belanghebbende’, Omgevingsvergunning in de praktijk, 2011.

¹³² L. F. Wiggers-Rust, ‘Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht: Eenheid en verschil, in het bijzonder bij milieubelangen’, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, p. 66.

¹³³ Wiggers-Rust, p. 60.

vaak niet onomstotelijk vast te stellen is. Zoals hierboven gesteld is ook het causale verband tussen Big Data toepassingen en vermeende effecten lang niet altijd evident.¹³⁴

Typisch gekoppeld aan de nadruk op het individuele belang van de belanghebbende in het bestuursrecht is ook de omarming van het adagium *de minimis non curat praetor*, oftewel, er dient een voldoende procesbelang te zijn van de belanghebbende om ontvankelijk te worden verklaard in zijn klacht. Er geldt als het ware een minimum aan belang dat moet zijn gediend bij de klacht, of, anders gezegd, volstrekt futiele en betekenisvolle belangen (alhoewel direct, persoonlijk, actueel, etc) zullen doorgaans niet kunnen leiden tot een klacht onder de Algemene wet bestuursrecht. Ook is de in 2005 nog geldende (getrapte) *actio popularis* in het omgevingsrecht afgeschaft om aansluiting te zoeken met het algemene bestuursrecht.¹³⁵

Het vereiste van een persoonlijk belang is in de praktijk de grootste barrière bij procederen over grote maatschappelijke vraagstukken, omdat het moet gaan om een onderscheidend belang van de belanghebbende. Zo oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak ten aanzien van een zaak die draaide om cameratoezicht: ‘Vaststaat dat [appellante] niet woont of werkt in het gebied waarin de camera’s zijn geplaatst. Zij heeft evenmin aannemelijk gemaakt dat zij is genoodzaakt duurzaam en op gezette tijden in het gebied te verblijven. Ook is zij geen gerechtigde ten aanzien van een onroerend goed in het gebied. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank dan ook terecht geoordeeld dat [appellante] geen bijzonder individueel belang heeft bij haar handhavingsverzoek strekkende tot verwijdering van de geplaatste camera’s. Dat zij de beveiligingscamera’s regelmatig passeert wegens familiebezoek, is, zoals de rechtbank terecht heeft geconcludeerd, ontoereikend voor het oordeel dat zij niettemin als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb dient te worden gekwalificeerd.’¹³⁶

Ten aanzien van het feit dat het bestuursrecht thans principieel is gestoeld op de gedachte dat het individuele belang van het rechtssubject dient te worden verdedigd kan nog worden verwezen naar twee principiële keuzes die zijn gemaakt ten tijde van het vervaardigen van de Algemene wet bestuursrecht in 1992.

Ten eerste is er een ommezwaai geweest ten aanzien van de aard van het bestuursprocesrecht. In het privaatrecht stond traditioneel al het belang van de burger centraal. ‘In het privaatrecht staat de bescherming van de rechten van rechtssubjecten centraal (het zogenoemde *recours subjectif*).’¹³⁷ Traditioneel was het bestuursrecht gericht op het *recours objectief*, dat wil zeggen de algemene legitimiteit en legaliteit van overheidshandelen. Met de invoering van de Algemene wet bestuursrecht is dat echter veranderd stelt Stolk: ‘Voor de invoering van de Awb werd deze met name gevonden in de handhaving van het objectieve recht (*recours objectif*). Het bestuursrecht diende het algemeen belang, waarbij de bestuursrechter op aangeven van een belanghebbende toezicht uitoefende op de rechtmatigheid van een bepaalde rechtshandeling van een bestuursorgaan. In 1994 maakte de wetgever echter de principiële keuze voor individuele rechtsbescherming (*recours subjectif*) als hoofdfunctie van het bestuurs(proces)recht. Vanuit deze gedachte biedt de Awb bestuursrechtelijke rechtsbescherming, daar waar overheidshandelen de burger direct treft. Het traditionele

¹³⁴ Wel is met de Urgenda zaak enige ruimte geboden om in milieu-zaken voor algemene belangen op te komen. Dat betrof een civielrechtelijke actie. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Zie ook: R. Schutgens, ‘Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter’, NJB 2015/1675.

¹³⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 421, nr. 3, p. 3-5 (MvT).

¹³⁶ ABRvS 21 februari 2018, JOM 2018/159.

¹³⁷ Wiggers-Rust p. 120

bestuursrechtelijke geding beperkt zich kortom tot een individuele belanghebbende die een geschil heeft met een bestuursorgaan over een hem rechtstreeks in zijn belangen rakende onwelgevallige beschikking.¹³⁸

Ten tweede is de keuze, vervat in artikel 8:2 lid 1 sub a Awb, gemaakt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ‘inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel’. Het valt Schuurmans op dat hier wel in de periode 1994-2000, maar later geen discussie over is geweest: ‘Met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wab) neemt de wetgever in 2009-2010 het bestuursprocesrecht en het systeem van rechtsbescherming nog eens goed op de schop. Het uitgezonderde beroepsrecht schuift door naar artikel 8:3 Awb. Aan enig nader debat over de wenselijkheid van de bepaling bestaat geen behoefte. Zelfs niet nu het aanvankelijke voornemen om de uitzonderingsbepaling op termijn te doen laten vervallen definitief wordt geschrapt.’¹³⁹

Het gevolg van deze keuze is dat alleen besluiten die een direct effect hebben op een rechtssubject kunnen worden aangevochten; beleidsregels of algemene leidraden kunnen derhalve niet in twijfel worden getrokken, of althans slechts via exceptieve toetsing. De zogenoemde exceptieve toetsing houdt in de mogelijkheid van de bestuursrechter om de rechtmatigheid van het wettelijk voorschrift waarop het besluit, waar in rechte tegen wordt opgekomen, is gebaseerd te toetsen aan hoger recht of aan een algemeen rechtsbeginsel. Zo kan indirect iets worden gezegd over het wettelijk voorschrift. Naast algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels kan ook niet worden getoetst feitelijke handelingen en voorbereidingshandelingen die niet als besluit vallen te kwalificeren. Ook deze punten spelen in de Big Data context een grote rol.

Toch zijn het met name deze algemene beleidskeuzes, zo bleek hierboven, die ten grondslag liggen aan de Big Data problematiek. Daarbij moet overigens ook nog worden bedacht dat interne regels en richtsnoeren slechts ter discussie kunnen worden gesteld als zij openbaar zijn gemaakt en zich naar inhoud en strekking ertoe lenen om door betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. Het probleem is dat bij Big Data de richtsnoeren en het interne beleid doorgaans niet openbaar zijn.

2.3.3 Beschrijving bestaande alternatieven

Alhoewel het bestuurs(proces)recht derhalve in belangrijke mate is gestoeld op het individu en zijn belangen, is er desalniettemin een aantal openingen dat ruimte biedt om individu-overstijgende belangen te verdedigen. Allereerste bepaalt artikel 1:2 lid 3 AWB: ‘Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.’ Interessant is dat net zoals een natuurlijk persoon, een rechtspersoon binnen het bestuursrecht in principe slechts kan opkomen voor zijn eigen belangen. Daarbij geldt dat het moet gaan om belangen die volgen uit de statuten van de rechtspersoon of om de verdediging van de belangen van één of meer van haar leden.

In de literatuur worden dit als twee afzonderlijke rechtsvormen gezien. Er wordt traditioneel een verschil gemaakt tussen collectieve belangenacties en algemene belang-acties, zo zegt onder meer De Poorter: ‘Collectieve acties worden wel gedefinieerd als: ‘het optreden in

¹³⁸ R. Stolk, ‘De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties’, Preadvies Jonge VAR, p. 20.

¹³⁹ Y.E. Schuurmans, ‘Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie’, 20 november 2015 <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/36990/Oratie%20Schuurmans.pdf?sequence=1>>.

rechte door rechtspersonen ter behartiging van andere dan de specifiek eigen belangen, met name een groepsbelang of een algemeen belang'. In navolging van Verburgh wordt doorgaans een tweedeling aangebracht tussen: groepsacties en algemeen belang-acties. In het eerste geval gaat het, zo zou men kunnen zeggen, om het belang van een in abstracto aan te duiden, doch in feite gesloten groep van personen. Bij algemeen belang-acties lijkt het daarentegen te handelen om belangen die een zodanig individu-overstijgend karakter hebben dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan.¹⁴⁰

Het onderscheid tussen collectieve en ideële belangacties, alhoewel lastig te maken, is relevant omdat de eisen die het derde lid van artikel 1:2 Awb stelt verschillend uitvallen, zo stellen Schuurmans en Stolk.¹⁴¹

Voor collectieve belangacties bestaat geen coherent beeld in de jurisprudentie ten aanzien van de vraag in hoeverre dit betekent dat rechtspersonen moeten of kunnen opkomen voor de belangen van één of meerdere van haar leden. Aanvankelijk waren er signalen dat er altijd een boven-individueel belang in het geding moet zijn, maar Wiggers-Rust verwijst naar een uitspraak van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uit 2006, waarin zij overweegt: 'dat een belangenorganisatie die voor het belang van haar leden opkomt, daarmee opkomt voor een collectief belang, tenzij het tegendeel blijkt.'¹⁴² Wiggers-Rust leidt daaruit af dat de eis van behartiging van bovenindividuele belangen van deze op het collectieve belang gerichte formulering geen deel uitmaakt.¹⁴³

Voor ideële acties gelden twee vereisten. Ten eerste moet wegens de statuten van de rechtspersoon een bijzonder algemeen belang worden verdedigd. De rechtspersoon mag niet, zoals bijvoorbeeld een politieke partij, het algemeen belang als zodanig nastreven.¹⁴⁴ Wel mag het een bepaald oftewel bijzonder algemeen belang nastreven, zoals het bevorderen van het milieu, het beschermen van cultureel erfgoed of het onderhouden van een bepaald dialect. Ten tweede moet het niet zijn gebleven bij de statuten; de rechtspersoon moet ook feitelijke werkzaamheden hebben uitgevoerd waaruit blijkt dat zij actief is opgekomen voor de ideële belangen die zij zegt te verdedigen.¹⁴⁵ Het oprichten van een rechtspersoon puur en alleen om ideële rechtszaken te voeren is dan ook niet toegestaan.

Alhoewel er met de Algemene wet bestuursrecht derhalve een principiële keuze is gemaakt om als uitgangspunt te nemen het rechtssubject als natuurlijk persoon en zijn direct bij het besluit gemoeide belangen, is er ook een opening geboden voor rechtspersonen om groepsbelangen of ideële belangen in rechte te verdedigen. Het is in die zin opmerkelijk, schrijft Stolk, dat de memorie van toelichting van de Awb niet ingaat op de vraag waarom rechtspersonen ook een mogelijkheid tot beroep en bezwaar zou moeten toekomen en hoe die mogelijkheid zich verhoudt tot het kernuitgangspunt van de Awb.¹⁴⁶

Daarnaast kan er nog gewezen worden op vijf al dan niet juridische mogelijkheden om bovenindividuele belangen te verdedigen voor de bestuursrechter.

¹⁴⁰ J. C. A. de Poorter, 'De belanghebbende: Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbendebegrip in het bestuurs(proces)recht', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2003, p. 125.

¹⁴¹ Y.E. Schuurmans & R. Stolk, 'Het proefproces als collectieve actie', NTB 2017/2, <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/47048/NTB.Proefproces.pdf?sequence=1>>.

¹⁴² AB 2006, 365

¹⁴³ Wiggers-Rust, p. 55.

¹⁴⁴ Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 35 (MvT).

¹⁴⁵ ABRvS 24 juni 2009, AB 2009/336, m.nt. Marseille. ECLI:NL:RVS:2016:1813

¹⁴⁶ Stolk p. 20.

Ten eerste betekent het feit dat er binnen het bestuursrechtsprocesrecht de nadruk ligt op het persoonlijk belang van de belanghebbende niet dat met het persoonlijk belang ook niet algemene belangen kunnen zijn gemoeid. Sterker nog, vaak spelen in inhoudelijke zin algemene belangen een grote rol in het uiteindelijke oordeel in een zaak. Zo kan een belanghebbende tegen een bepaalde milieuprobleem opkomen dat hem raakt, maar ook een algemeen effect heeft. Dit biedt de mogelijkheid tot het ontlokken van een proefproces. In dergelijke gevallen wordt een uitspraak uitgelokt door 1 of 2 particuliere belanghebbenden, maar heeft de uitspraak een betekenis voor iedereen binnen de groep of een sector.¹⁴⁷ Daarbij valt het Schuurmans op dat dergelijke proefprocessen vrijwel allemaal betrekking hebben op het financiële bestuursrecht.¹⁴⁸ Interessant is dat, zo merken Schuurmans en Stolk op, het bestuursorgaan soms zelf het initiatief lijkt te nemen tot een proefproces.¹⁴⁹ Dat kan bijvoorbeeld door een symbolische boete van 1 euro op één persoon te leggen, die op basis daarvan een proefproces kan beginnen.¹⁵⁰

Ten tweede bestaat er de mogelijkheid voor rechtspersonen om individuen, al dan niet in dergelijke proefprocessen, bij te staan. Stolk wijst bijvoorbeeld op de mogelijkheid van een informeel proefproces, waarbij een belanghebbende ondersteund wordt door een belangenorganisaties en in kennis en kunde wordt bijgestaan. Een rechtspersoon met financiële middelen, juridische kunde en beleidstechnische kennis kan een individu bijstaan in de rechtszaak, die soms tamelijk tijd- en energierovend kan zijn. David versus Goliath wordt zodoende een meer gelijke strijd.

Ten derde is er een *amicus curiae* opening geïntroduceerd in het bestuursrecht. Voeging als derde heeft geen zin omdat ook daarvoor is vereist dat de derde belanghebbende is, 8:26 AWB lid 1: ‘De bestuursrechter kan tot de sluiting van het onderzoek ter zitting ambtshalve, op verzoek van een partij of op hun eigen verzoek, belanghebbenden in de gelegenheid stellen als partij aan het geding deel te nemen.’ Toch is er een mogelijkheid gecreëerd doordat de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State in een experiment iedereen de mogelijkheid heeft gegeven te reageren op vragen over de bestuurlijke waarschuwing die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld. ‘In deze zaak biedt de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak iedereen de mogelijkheid te reageren op de vragen die aan de staatsraad advocaat-generaal zijn gesteld, dus ook anderen dan partijen die direct bij deze zaak zijn betrokken. Het is de eerste keer dat de Afdeling bestuursrechtspraak van dit instrument gebruikmaakt. Via de website van de Raad van State kunnen ‘meedenkers’ (zogenoemde amici curiae) tot en met vrijdag 20 oktober 2017 een reactie indienen. De staatsraad advocaat-generaal zal bij het nemen van de conclusie rekening houden met deze reacties’.¹⁵¹

¹⁴⁷ CRvB 16 augustus 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2788, RSV 2010/275; USZ 2010/286; NJB 2010/1846. Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002, Rb. Breda 4 april 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AV8798, RSV 2006/144; USZ 2006/155 m.nt. Barentsen. Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002. CRvB 16 augustus 2010, r.o. 2, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2788, RSV 2010/275; USZ 2010/286; NJB 2010, 1846. Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002 (helpt van de 200 interviewers in vaste dienst). Hof Arnhem 23 januari 1997, ECLI:NL:GHARN 1997:AA1191, FED 1997/292. ABRvS 17 augustus 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU1108.

¹⁴⁸ Schuurmans, p. 12.

¹⁴⁹ Rb. Amsterdam 14 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB0246 (proefproces handhaving gekleurde gevels); Rb. Roermond 29 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD2002 (proefproces beleid Partijle Arbeidsparticipatie Senioren bij het CBS); Hof Arnhem 30 juni 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AA1394, FED 1999/491, Belastingblad 2000/118 (althans, eiser bestrijdt dat het een proefproces is).

¹⁵⁰ Schuurmans & Stolk, p. 11.

¹⁵¹ Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over de bestuurlijke waarschuwing, <https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1081&summary_only=&category_id=8>.

Ten vierde wijst Schuurmans op de procedure in het belastingrecht waar er mogelijkheden zijn voor massaal bezwaar.¹⁵² Het probleem was dat op besluiten van de Belastingdienst soms meer dan een miljoen individuele klachten binnenkwamen, waarbij individuele afhandeling te kostbaar en tijdrovend werd geacht. Daardoor kan nu de minister een besluit nemen over de afhandeling van massaklachten. Hetzelfde gebeurt overigens bij de rechter, waarbij op initiatief van partijen of van de rechter diverse klachten kunnen worden gebundeld en in één zaak kunnen worden afgedaan. Artikel 25c van de Algemene wet inzake rijksbelastingen bepaalt:

- ‘1. In afwijking in zoverre van het overigens bij of krachtens deze wet en de Algemene wet bestuursrecht bepaalde, zijn de bepalingen van deze afdeling van toepassing op bezwaren waarvoor een aanwijzing massaal bezwaar als bedoeld in het tweede lid is gegeven.
2. Indien naar het oordeel van Onze Minister voor de beslissing op een groot aantal bezwaarschriften de beantwoording van eenzelfde rechtsvraag van belang is, kan hij een aanwijzing massaal bezwaar geven. De aanwijzing massaal bezwaar bevat de te beantwoorden rechtsvraag, al dan niet met accessoire kwesties. Onze Minister zendt een afschrift van de aanwijzing massaal bezwaar aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.
3. De aanwijzing massaal bezwaar geldt voor bezwaren voor zover deze de rechtsvraag, bedoeld in het tweede lid, betreffen, mits het bezwaarschrift is ingediend tot en met de dag voorafgaande aan de dag waarop de collectieve uitspraak, bedoeld in artikel 25d, wordt gedaan, de indiening tijdig is en nog geen uitspraak op het bezwaarschrift is gedaan.
4. De termijn om te beslissen op bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt, wordt opgeschort tot en met de dag voorafgaande aan de dag waarop de collectieve uitspraak, bedoeld in artikel 25d, wordt gedaan. Afdeling 7.2 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op bezwaren waarvoor de aanwijzing massaal bezwaar geldt.’¹⁵³

Ten vijfde en tot slot wordt er door de rechter soms soepel omgegaan met het vereiste van een direct persoonlijk belang, zodat individuen kunnen ageren tegen algemene problemen, zo bleek uit de vorige paragraaf. Schuurmans verwijst in dit verband ook naar de Zwarte Pieten zaak. Het ging daarbij om de intocht van Sinterklaas en de festiviteiten die daaromtrent middels een evenementenvergunning werden ontplooid. Daartegen ageerde een aantal personen met een donkere huidskleur. De vraag is hierbij in hoeverre zij een objectieverbaar eigen belang hebben. ‘Het zal het gevoel zijn van een grote groep mensen, zonder dat men objectief kan aanwijzen dat de een meer geraakt is dan de ander. Passen we onze systeemregels van het bestuursprocesrecht toe, dan heeft geen van deze eisers toegang tot de bestuursrechter omdat een persoonlijk belang ontbreekt.’¹⁵⁴ Ook al hebben de klagers zelf geen direct, concreet en objectieverbaar eigenbelang, toch worden ze ontvankelijk verklaard omdat de zwarte pieten-kwestie een zaak overstijgend maatschappelijk belang heeft, zo stelt Schuurmans. De rechter overwoog het volgende:

‘In deze zaak hebben de navolgende omstandigheden tezamen de Afdeling evenwel doen besluiten de rechtmatigheid van de verlening van de evenementenvergunning voor de Sinterklaasintocht in Amsterdam in 2013 te beoordelen. Ten eerste stelt de Afdeling vast dat deze zaak een zaakoverstijgend maatschappelijk en juridisch belang heeft, waaronder het belang van eenduidige toepassing van wet- en regelgeving door bestuur en rechter. Dat belang

¹⁵² In het wetsvoorstel ‘Overige fiscale maatregelen 2016’ wordt een nieuwe regeling voor de fiscaal massaalbezwaarprocedure voorgesteld, Kamerstukken II, 2015/16, 34 305, nrs. 1-3.

¹⁵³ Zie ook artikel 25d, 25e en 25f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

¹⁵⁴ Schuurmans, p. 8.

is ermee gediend dat de hoogste algemene bestuursrechter op korte termijn duidelijkheid geeft over het antwoord op de kernvraag. [] Deze uitspraak ontleent haar belang derhalve aan het feit dat daarmee duidelijkheid wordt gegeven over vergelijkbare vergunningen voor de intochten in 2014 en volgende jaren die zeker zullen worden verleend en waarvan een aantal vrijwel zeker in rechte zal worden aangevochten.’¹⁵⁵

2.3.4 Knelpunten die nog overblijven

Net zoals het civielrecht is het bestuursprocesrecht derhalve sterk gericht op het individu, zijn belangen en rechten, maar net als in het civielrecht zijn er ook in het bestuursrecht openingen te vinden. Deze openingen lopen evenwel niet gelijk; zo bestaan er de nodige verschillen tussen de mogelijkheid voor rechtspersonen om een klacht in te stellen binnen de twee rechtsgebieden. Wiggers-Rust beschrijft dat er op een aantal punten in het bestuursrecht ruimere mogelijkheden zijn en vice versa. Zij heeft dan meerder voorstellen gedaan voor een meer uniforme benadering en harmonisering tussen de twee rechtsgebieden.¹⁵⁶

Eenzijds heeft een informele vereniging van artikel 2:26 BW geen klachtrecht onder artikel 3:305a BW, maar onder het bestuursrecht wel. Meer in het algemeen geldt onder het privaatrecht dat alleen stichtingen en verenigingen kunnen klagen (naast de publiekrechtelijke rechtspersonen uit 3:305b BW), terwijl dit klachtrecht onder het bestuursrecht in principe alle rechtspersonen toekomt. In het privaatrecht kan een belangenorganisatie geen vordering tot schadevergoeding in geld instellen, terwijl deze beperking niet in het bestuursrecht is vervat.

Ook was het in het privaatrecht bekende relativiteitsvereiste als zodanig lange tijd niet in het bestuursrecht vervat. Dit is sinds 2012 veranderd, met de invoering van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.¹⁵⁷ Artikel 8:69a Awb: ‘De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.’ Daarbij is het evenwel van belang te vermelden dat doordat dit artikel is geplaatst in hoofdstuk 8 van de Awb, het relativiteitsvereiste alleen van toepassing is in de beroepsfase en niet tijdens de bezwaarprocedure.

Anderzijds lijken er stringenter eisen te zijn in het bestuursrecht dan in het privaatrecht. Zo is in het privaatrecht voor rechtspersonen niet opgenomen dat zij moeten opkomen voor een bijzonder algemeen belang en is het vereiste van feitelijke werkzaamheden als zodanig niet bekend in het privaatrecht. Weliswaar impliceert het woord ‘behartigt’ dat er al eerdere activiteiten overeenkomstig de doelstellingen zijn ontplooid, maar dit is niet zo’n strikt vereiste als in het bestuursrecht. Zo oordeelde de Hoge Raad in de zaak van de Staat t. Clara Wichmann: ‘dat Clara Wichmann c.s. ingevolge hun statuten ook de belangen behartigen waarvoor zij in deze procedure opkomen, te weten het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door optreden van de Staat tegen discriminatie wegens geslacht. Nu het Clara Wichmann c.s. met hun vorderingen

¹⁵⁵ ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, r.o. 5, AB 2015/55, m.nt. Brouwer en Schilder; JB 2014/245, m.nt. Schutgens; NJB 2014/2173; JOM 2014/1178; JOM 2015/8; JIN 2015/44, m.nt. Schutgens. Voor een zelfde aanpak koos onlangs de rechtbank Overijssel bij de beoordeling van de evenementenvergunning voor het monstertruckevenement in Haaksbergen, Rb. Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794.

¹⁵⁶ L.F. Wiggers-Rust, ‘Cahier 2014-11 ‘Collectieve’ acties Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht’, WODC.

¹⁵⁷ Wet van 20 december 2012 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht. Staatsblad 2012, 682.

te doen is om het handhaven van dat grondrecht, is, voorzover in dit geding van belang, voldaan aan de door art. 3:305a gestelde eis van gelijksoortigheid. Juist vanwege het algemene karakter van het belang van alle burgers in Nederland waarvoor Clara Wichmann c.s met hun vorderingen beogen op te komen, kan aan het voorgaande niet afdoen de omstandigheid dat de specifieke groep vrouwen die zich eventueel voor de SGP kandidaat zouden willen stellen, de actie van Clara Wichmann c.s. niet wenst.’¹⁵⁸

Dit leidt ook tot twee belangrijke begrenzings aan de mogelijkheid voor rechtspersonen om een zaak aanhangig te maken binnen het bestuursrecht. Voor rechtspersonen die in rechte willen opkomen geldt dat zij een bijzonder algemeen belang moeten vertegenwoordigen en dat zij feitelijke werkzaamheden moeten hebben verricht waaruit volgt dat zij ook in de praktijk opkomen voor de statutaire belangen. Een stichting die slechts en alleen tot doel heeft rechtszaken te voeren tegen bijvoorbeeld Big Data toepassingen is dan ook niet toegestaan. Ook is de vraag of een stichting die in haar statuten heeft vervat dat zij strijdt tegen de problemen die volgen uit Big Data toepassingen wel bijzonder en specifiek genoeg zouden zijn om ontvankelijk te worden verklaard. Wel blijkt dat er in de praktijk redelijk soepel met deze vereisten wordt omgegaan.

Een bekend voorbeeld van de strikte uitleg van de mogelijkheid van rechtspersonen om een beroep te doen op artikel 1:2 lid 3 AWB is de zaak uit 2008 van de afdeling bestuursrecht. Het ging om een besluit op basis waarvan een vergunninghouder zijn veestapel mocht uitbreiden in de buurt van de Veluwe. Daartegen in beroep kwam de Stichting Openbare Ruimte. Volgens haar statuten had de stichting ten doel het streven naar een kwalitatief duurzame leefomgeving voor alle levende wezens, omvattende zowel de lokale, nationale als mondiale leefomgeving en wordt hieronder meer concreet verstaan: ‘het streven naar een gezond en duurzaam milieu voor zowel mensen, dieren als planten, omvattende zowel de gecultiveerde als de natuurlijke omgeving; het streven naar een goede ruimtelijke ordening voor zowel mensen, dieren als planten. Dit omvat mede het bevorderen van een passende biotoop voor flora en fauna en een daarop afgestemde zorg voor natuur en landschap; het streven naar een beter welzijn voor landbouwdieren en proefdieren.’ Ten aanzien van de ontvankelijkheid van deze stichting overwoog de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

‘Het statutaire doel van de Stichting is zo veelomvattend dat het onvoldoende onderscheidend is om op grond daarvan te kunnen oordelen dat het belang van de Stichting rechtstreeks is betrokken bij het bestreden besluit. Voorts is gebleken dat de Stichting geen werkzaamheden verricht die kunnen worden aangemerkt als feitelijke werkzaamheden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb, waaruit blijkt dat zij het rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang in het bijzonder behartigt. Blijkens haar schrijven van 11 juni 2008, zoals ter zitting toegelicht, bestaan de werkzaamheden van de Stichting in hoofdzaak uit het initiëren van en het participeren in bestuursrechtelijke procedures op basis van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet milieubeheer door het indienen van verzoeken tot handhavend optreden, het naar voren brengen van zienswijzen over ontwerpbesluiten of het maken van bezwaar tegen besluiten, eventueel gevolgd door het instellen van beroep, betreffende veehouderijen in geheel Nederland. De Afdeling overweegt dat het louter in rechte opkomen tegen besluiten als regel niet kan worden aangemerkt als feitelijke werkzaamheden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Awb. Een andere uitleg zou betekenen dat voor de ontvankelijkheid van een bezwaar of beroep van een rechtspersoon, in een geval als hier aan de orde, in zoverre voldoende is dat hij dergelijke rechtsmiddelen pleegt aan

¹⁵⁸ Hoge Raad 9 april 2010, LJN BK 4547

te wenden. De uitleg van de criteria van artikel 1:2, derde lid, van de Awb zou er dan op neerkomen dat het beroepsrecht in feite voor een ieder open zou staan (*actio popularis*).

Naar het oordeel van de Afdeling kunnen evenmin als feitelijke werkzaamheden als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, van de Awb gelden het indienen van verzoeken tot handhavend optreden en het naar voren brengen van zienswijzen over ontwerpbesluiten, nu beide dienen ter voorbereiding van het in rechte opkomen tegen besluiten. Het vergaren van informatie ten behoeve van eventuele bestuursrechtelijke procedures, alsmede het mondeling en schriftelijk informeren van derden over aanhangige of afgeronde procedures, kan niet los worden gezien van deze procedures of de voorbereiding daarvan. De door de Stichting ingezonden brief die op de website van het Agrarisch Dagblad is geplaatst, kan, nu die betrekking heeft op een voorlopige voorzieningsprocedure hangende het bezwaar van de Stichting tegen de verlening van een vergunning krachtens de Natuurbeschermingswet 1998, evenmin los worden gezien van een bestuursrechtelijke procedure. Hetzelfde geldt voor de onderzoeksopdracht in het kader van het beroep van de Stichting tegen de verlening van een vergunning krachtens de Wet milieubeheer, die ter zitting nog is genoemd. Van andere werkzaamheden is niet gebleken. De Afdeling neemt voorts in aanmerking dat is gebleken dat de Stichting door het optreden in rechte in dit geval geen bundeling van rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken individuele belangen tot stand brengt waarmee effectieve rechtsbescherming gediend kan zijn, in vergelijking met het afzonderlijke optreden van een groot aantal individuele natuurlijke personen die door het bestreden besluit rechtstreeks in hun belangen worden getroffen.¹⁵⁹

Na deze zaak is deze lijn enigszins versoepeld en hebben vooral ad-hoc acties het moeilijk.

Voor rechtspersonen die niet zozeer voor algemene en ideële belangen willen opkomen, maar voor de belangen van al dan niet bij haar aangesloten individuen, geldt ook een belangrijke belemmering in de strikte uitleg van de ontvankelijkheidseisen in combinatie met de zogenoemde *objectum litis*-leer. ‘Volgens de *objectum litis*-leer verklaart de burgerlijke rechter zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen, waarna hij beziet of de vordering ontvankelijk is. Heeft een met voldoende waarborgen omkleedde rechtsgang bij de bestuursrechter opengestaan of kan die alsnog worden gevolgd, dan spreekt hij de niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel uit. In de jaren '90 stelde die rechtsweg bij de civiele rechter daadwerkelijk wat voor.’¹⁶⁰

In het bekende jaren '90 arrest Leenders/ Ubbergen, waaraan Schuurmans in het bovengenoemde citaat refereert, overwoog de Hoge Raad nog: ‘Indien de burger een algemeen verbindend voorschrift onverbindend acht en daarom het inroepen en handhaven ervan jegens hem onrechtmatig acht, brengen de eisen van een doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid mee dat hij het geschil omtrent de verbindendheid van het voorschrift aan de rechter moet kunnen voorleggen. Zolang de beslechting van een dergelijk geschil niet aan de bestuursrechter is opgedragen - hetgeen destijds, ingevolge art. 2 van de hier toepasselijke Wet Arob niet het geval was en thans, zolang art. 8:2 nog niet is vervallen, evenmin het geval is - moet die burger de vraag of het voorschrift verbindend is, in beginsel door middel van een vordering gegrond op onrechtmatig overheidsoptreden kunnen

¹⁵⁹ Raad van State, 20-04-2016, ECLI:NL:RVS:2016:1075

¹⁶⁰ Schuurmans, p. 6.

voorleggen aan de burgerlijke rechter.¹⁶¹ In die zaak oordeelde de Hoge Raad in het voordeel van de klager en gold rechtsbescherming boven het belang van rechtsmachtverdeling.

Schuurmans schets in haar oratie een beeld dat daar in de laatste jaren verandering in is gekomen. Zij verwijst daarbij naar zaken als *Leges* Turkse immigranten en *Privacy First*, waarin belangenorganisaties die opkomen voor de gebundelde belangen van burgers niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat individuele belanghebbenden een aantasting van hun belang in een bestuursrechtelijke procedure ter discussie kunnen stellen. Van belang voor dit rapport is met name de zaak van *Privacy First*, die ook wel de paspoortzaak wordt genoemd. Deze is ook onder de vorige sectie ten aanzien van het privaatrecht aan bod gekomen. Centraal in deze kwestie stond de vraag of het vereiste om vingerafdrukken af te staan ten behoeve van het verkrijgen van een paspoort – zonder vingerafdrukken af te staan geen paspoort- niet in strijd moest worden geacht met artikel 8 EVRM. Naast een aantal burgers had ook stichting *Privacy First* een klacht ingediend. De Hoge Raad overwoog hier als volgt:

‘In een geval zoals het onderhavige is een belangenorganisatie die opkomt voor de gebundelde belangen van personen zoals verweerders in cassatie, eveneens niet-ontvankelijk in een vordering bij de burgerlijke rechter, als die vordering ertoe strekt om ten behoeve van deze personen de onverbindendheid van de aan de orde zijnde verplichting door de burgerlijke rechter te laten vaststellen en ter zake een voorziening te treffen. Met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter kan immers in gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele belanghebbenden is opgedragen aan de bestuursrechter, de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, NJ 2012, 241 (Staat/ Vreemdelingenorganisaties)). Het vorenstaande geldt ook als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is. Ook in dat geval is sprake van een bundeling van belangen in de zin van art. 3:305a lid 1 BW (vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 3-7 en p. 19-23, m.n. p. 21 onderaan) en heeft te gelden dat de belangenbehartiging door de organisatie niet ertoe kan leiden dat voor haar de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan indien ter zake van de (dreigende) aantasting van de betrokken belangen- in dit geval bestaande in een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door de voorwaarde vingerafdrukken af te staan bij de aanvraag van een reisdocument - is voorzien in rechtsbescherming voor de individuele belanghebbenden bij de bestuursrechter.’¹⁶²

Ook het feit dat nu juist algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet kunnen leiden tot bezwaar en beroep is juist problematisch voor rechtspersonen die algemene belangen wensen te verdedigen, zo geeft ook Schutgens aan. Hij stelt ‘dat openstelling van het beroep tegen algemene regels binnen het kader van de Awb prima kan. De wet is er al vrijwel volledig op toegesneden. Voor de openstelling is weinig meer nodig dan schrapping van artikel 8:3 Awb, en dit zou de rechtsbescherming van de burger en de rechterlijke specialisatie

¹⁶¹ HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, r.o. 3.4.3, AB 1997/1, m.nt. Drupsteen; NJ 1998/239, m.nt. Scheltema; Gst 1997/7055, 3 m.nt. Hennekens.

¹⁶² Zie hierover ook: V. Böhre, ‘Happy landings? Het biometrische paspoort als zwarte doos’, WRR webpublicatie nr 46, 2010.

aanzienlijk richtsnoeren aan de rechter voor te leggen.¹⁶³ Meer in het algemeen is de keuze voor de *recours subjectif* ten faveure van de *recours objectif* problematisch voor veel van de Big Data toepassingen. Dat geldt ook voor de onmogelijkheid om de meeste interne regels en richtsnoeren aan de rechter voor te leggen.

Tot slot moet nog worden gewezen op twee laatste knelpunten. Ten eerste is er het relativiteitsvereiste uit artikel 8:69a Awb dat stelt: ‘De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.’ Abstracte toetsing wordt hiermee nog verder beperkt. Ten tweede is het van belang dat burgers in principe niet bezwaar en beroep kunnen aantekenen ten aanzien van feitelijke handelingen. Onder artikel 1:2 lid 1 Awb wordt belanghebbende immers verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken en volgens artikel 1:3 lid 1 Awb wordt onder besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Hetzelfde obstakel geldt voor voorbereidingshandelingen, zo volgt uit 6:3 Awb: ‘Een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit is niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.’ In Big Data processen worden op basis van risicoprofielen beslissingen genomen over vervolgonderzoek en worden feitelijke handelingen genomen, die niet noodzakelijkerwijs een rechtshandeling met zich mee hoeven te brengen. Zo kan het gaan om verdere informatievergaring door middel van huisbezoeken of screening op wijkniveau.

2.3.5 Conclusie

Kortom, net zoals het civielrecht is het bestuursrecht derhalve sterk gericht op het individu, zijn belangen en rechten, maar net als in het civielrecht zijn er ook in het bestuursrecht openingen te vinden. Zo kunnen rechtspersonen algemeen belang acties voeren als zij in hun statuten een bijzonder algemeen belang verdedigen en feitelijke werkzaamheden in die richting uitoefenen en kunnen zijn opkomen voor groepsbelangen. De ratio achter deze laatste mogelijkheid, zo stelt Stolk, moet evenwel worden gezocht in efficiëntie en niet zozeer in rechtsbescherming. ‘Hoewel goed kan worden betoogd dat de effectieve rechtsbescherming gediend is bij bundeling van gelijksoortige individuele krachten (‘samen staat men sterker’), lijkt het argument van de Afdeling eerder te slaan op de efficiëntie van het bundelen van vergelijkbare bezwaren van een grote groep personen in één juridische actie, om vele losse (individuele) procedures te voorkomen.’¹⁶⁴

Toch zijn deze openingen beperkt in mogelijkheden, zeker als ze worden bekeken in het licht van de Big Data toepassingen. Daarom heeft een aantal auteurs gepleit voor ruimere openingen in het bestuursrecht, door aansluiting te zoeken bij het privaatrecht, door het vereiste van feitelijke werkzaamheden te laten vallen of door het mogelijk te maken om een direct beroep tegen algemeen verbindend voorschriften en beleidsregels open te stellen. Ook zijn er al langer pleidooien om de *actio popularis* ruimer baan te geven.¹⁶⁵ Anderzijds

¹⁶³ R. J. B. Schutgens, ‘Rechtsbescherming tegen algemene regels: Tijd om de Awb te voltooien’ (preadvies voor de VAR), in: W. J. M. Voermans, R. J. B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, ‘Algemene regels in het bestuursrecht’, Den Haag: Boom juridisch 2017

¹⁶⁴ Stolk, p. 22.

¹⁶⁵ Werkgroep van Kemenade 1997 Bestuur in geding. Rapport van de werkgroep inzake de terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, november 1997. Zie voor discussie: Van Wijmen, Recht, belang en rechtsbescherming, Den Haag 1981 en Groenendijk, Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, Zwolle 1981.

beschrijft Stolk meerdere pogingen die er sindsdien zijn geweest om ook de algemeen belangactie uit de Algemene Wet Bestuursrecht te schrappen, tot nu toe zonder succes.¹⁶⁶ Eén poging redde het slechts ternauwernood niet, volgens De Poorter en Van Heusden mede omdat de kwalificatie van ‘beroepsmatige probleemmakers’ niet werd gewaardeerd.¹⁶⁷

Eén van de meest gehoorde kritiekpunten op de verruiming van de beroepsmogelijkheden binnen het bestuursrecht is de vrees voor het ontstaan van surrogaat-overheden. Immers, het is de wetgever die bepaalt wat in het algemeen belang is en het is niet aan een particuliere vereniging of stichting om een bepaalde visie van het algemeen belang naar voren te brengen. Schössels noemt dat ook wel een legitimatiedeficiet.¹⁶⁸ Ook is de onmogelijkheid om beroep in te stellen tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels in Nederland een principiële keuze, gelijk het toetsingsverbod ex artikel 120 van de Grondwet; het is niet de rechter die over de legaliteit en legitimiteit van wetten of algemeen verbindende voorschriften dient te oordelen – hierover gaat de democratisch gelegitimeerde wetgever. Tot slot wijst Stolk op het mogelijke probleem van de politisering van de rechtspraak en juridisering van het openbaar bestuur.¹⁶⁹

Anderzijds wordt in de literatuur vrij algemeen geaccepteerd dat de mogelijkheden binnen het bestuursrecht om algemene en ideële belangen te behartigen te beperkt zijn en dat er behoefte is aan verruiming op één of meerder onderdelen. Schuurmans noemt de volgende knelpunten met het huidige systeem:¹⁷⁰

1. Het huidige systeem is inefficiënt: als iedereen zelf zijn eigen klacht gaat indienen met betrekking tot hetzelfde probleem dan leidt dat tot veel kosten, tijd en energie.
2. Het huidige systeem is ineffectief: burgers hebben niet zoveel macht en middelen als de overheid – individuen tegen de overheid staan zwak en kunnen dus lastig onrecht aanklaarten – samen staan zij sterker en ook rechtspersonen met een ideële achtergrond hebben vaak meer middelen om rechtszaken te voeren
3. Het huidige systeem ondermijnt het gezag van de rechter: ofwel de rechter zoekt openingen in het recht waar ze niet zijn ofwel ze wijst klachten af waar niet aan het strikte belanghebbende begrip wordt voldaan en laat de klagers in de kou staan.

2.4 Strafrecht

2.4.1 Inleiding

In deze sectie wordt ingegaan op de huidige situatie van het Nederlandse strafproces en andere afdoeningsmodaliteiten, met de nadruk op de invloed van het gebruik van Big Data. De status quo beschrijft welke partijen normaliter bij het strafproces en andere afdoeningsmodaliteiten zijn betrokken en op welke wijze. Vervolgens wordt beschreven hoe het huidige wettelijk stelsel al andere mogelijkheden biedt buiten het traditionele model, zoals mogelijkheden tot het betrekken van andere partijen of centraal stellen van bredere

¹⁶⁶ Stolk p. 21.

¹⁶⁷ J. C. A. de Poorter & L. A. van Heusden, ‘Bovenindividuele belangenbehartiging: Naar een aanscherping van het beroepsrecht voor belangenorganisaties door een vereiste van representativiteit’, JBplus 2017/0.

¹⁶⁸ R. J. N. Schlössels, ‘Wie beschermt de beschermelingen tegen hun beschermers? Enige publiekrechtelijke kanttekeningen bij algemeen belangacties’, in: A. W. Jongbloed (red.), ‘Samen Sterk’, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

¹⁶⁹ Stolk, p. 26.

¹⁷⁰ Schuurmans, p. 15 e.v.

maatschappelijke belangen. Onder de knelpunten wordt besproken welke haken en ogen zitten aan de afdoeningsmodaliteiten die heden beschikbaar zijn, alsmede welke gaten worden gelaten in rechtsbescherming.

Om duidelijk te maken aan wat voor situaties kan worden gedacht met het huidige gebruik van Big Data en in de nabije toekomst is het van belang het volgende onderscheid te maken:

- Big Data wordt ingezet in een individuele strafzaak. Denk hierbij aan de politie die gebruik maakt van Big Data technologie om verdachten te vinden, bijvoorbeeld door profilering of de strafrechter die gebruik maakt van Big Data in de straftoemeting.
- De politie maakt gebruik van Big Data in haar algemene politie taak, zoals in het aanwijzen van gebieden om te patrouilleren.
- De staat begaat zelf een strafbaar feit door het inzetten van Big Data technieken.

In deze sectie wordt met name ingegaan op het eerste scenario. Het tweede scenario betreft weliswaar Big Data inzet door actoren uit het strafrecht domein, maar toetsing hiervan zal niet door de strafrechter plaatsvinden, daarmee valt deze problematiek buiten de reikwijdte van deze strafrechtsschets. Een mogelijkheid bij het tweede scenario is bijvoorbeeld dat een kort geding wordt aangespannen bij de civiele rechter om een wet, die dient als de bevoegdheidsgrondslag voor de Big Data toepassing, buiten werking te laten stellen. Het derde voorbeeld is vooralsnog hypothetisch en zal hoe dan ook in de toekomst een weinig belangrijke rol spelen.

2.4.2 Beschrijving status quo

Het strafrechtstelsel is van oudsher een twee partijen systeem met aan de ene kant de verdachte en aan de andere kant het Openbaar Ministerie, met een groeiende rol voor slachtoffers in het strafproces, mogelijk als derde partij. Hiermee lijkt het voor de hand liggend dat de groep van belangen die behartigd wordt in het strafproces ook gesloten is, namelijk beperkt tot de belangen van de individuen betrokken in de specifieke zaak. Aan de andere kant kan worden betoogd dat het strafrecht altijd op algemene belangen gericht is die het individu overstijgen: een gedragsnorm wordt in een delict vastgelegd, de samenleving is er bij gebaat dat men zich aan die norm houdt.¹⁷¹ Dit standpunt is te simplistisch en gaat niet altijd op, sommige delicten hebben niet direct een nadelig gevolg dat het individu te boven gaat.¹⁷² Echter, het moge duidelijk zijn dat het strafrecht in ieder geval een publiekrechtelijk karakter heeft.

Groenhuijsen maakt duidelijk dat dit publieke karakter voorkomt uit verschillende kenmerken: het gaat om situaties waar de aard en gewicht van het betreffende onrecht een doorslaggevende rol spelen (is het onrecht, dat de ene burger de andere aandoet, bijvoorbeeld niet zwaarwegend, dan ligt een civiele vordering meer voor de hand), het strafrecht kent ingrijpende sancties en bevoegdheden en heeft een leedtoevoegend karakter en tot slot treedt het Openbaar Ministerie op namens de gemeenschap.¹⁷³ Al deze unieke kenmerken van het strafrecht tezamen maken dat het strafproces individuele belangen van verdachten en

¹⁷¹ M. S. Groenhuijsen, 'Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht'. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter* (pp. 99-133). Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988.

¹⁷² M. S. Groenhuijsen, 'Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht'. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter* (pp. 99-133). Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988; L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht, Oratie Rotterdam, Deventer 1965*, p. 8-9.

¹⁷³ M. S. Groenhuijsen, 'Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht'. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter* (pp. 99-133). Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988.

slachtoffers (of nabestaanden) in acht neemt maar zowel maatschappelijke belangen. Groenhuijsen benadrukt dat het strafproces brede maatschappelijke interesse kan wekken, men ziet zijn morele opvattingen bevestigd in een veroordeling. Het strafproces kan kwesties onder de aandacht van het grote publiek brengen en een aantrekkelijk instrument zijn om overtuigingen en maatschappelijke wensen te onderschrijven. Dit maakt volgens Groenhuijsen dat er nadruk kan worden gelegd op het behartigen van collectieve belangen in het strafproces.¹⁷⁴

De drie belangrijkste actoren binnen het strafproces hebben verschillende belangen. De verdachte is in artikel 27 Sv gedefinieerd. “Als verdachte wordt vóóordat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Daarna wordt als verdachte aangemerkt degene tegen wie de vervolging is gericht.” De belangen van de verdachte mogen duidelijk zijn, deze liggen in zijn eigen verdediging.

De vervolging wordt vervuld door het openbaar ministerie. Twee beginselen die centraal staan in het Nederlands strafprocesrecht zijn het opportuniteitsbeginsel¹⁷⁵ en het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie. Op grond van het opportuniteitsbeginsel beslist het openbaar ministerie of vervolging van een strafbaar feit wordt ingezet en of dit wordt voortgezet. Dat vervolging juridisch haalbaar is wil niet zeggen dat vervolging ook wenselijk is. Op grond van het algemeen belang kan het openbaar ministerie besluiten niet tot vervolging over te gaan. Dit algemeen belang kan een staatsbelang of maatschappelijk belang zijn, maar ook een individueel, persoonlijk, belang. Het openbaar ministerie moet dus verschillende belangen afwegen in de vervolging.

Het vervolgingsmonopolie heeft als implicatie dat alleen het openbaar ministerie bevoegd is vervolging in te stellen, vervolging kan niet worden geopend door andere actoren.¹⁷⁶ Dit sluit zowel andere staatsorganen uit als particuliere actoren zoals benadeelden. Dit is een groot verschil met het civiel recht en bestuursrecht waar het initiatief niet uitsluitend bij de staat ligt. Het slachtoffer is in artikel 51a Sv gedefinieerd als “degene die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden. Met het slachtoffer wordt gelijkgesteld de rechtspersoon die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden”.

Artikel 51f Sv bepaalt dat een ieder die schade heeft geleden door het strafbare feit zich als partij kan voegen in het strafproces. Lid 1 luidt: “Degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit, kan zich terzake van zijn vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij voegen in het strafproces.” Er is een causaal verband vereist tussen het strafbare feit en de schade voor deze als rechtstreeks kan worden aangemerkt. Slachtoffers hebben hun eigen individuele belangen die sterk uiteen kunnen lopen, maar deze individuele belangen kunnen ook deels samenvallen met maatschappelijke belangen.

¹⁷⁴ M. S. Groenhuijsen, ‘Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht’. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), ‘Verdediging van collectieve belangen via de rechter (pp. 99-133)’, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988.

¹⁷⁵ Beschreven in artikel 167 lid 2 Strafvordering ten aanzien van het wel of niet vervolgen: “Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend”. Beschreven in artikel 242 lid 2 Strafvordering ten aanzien van het wel of niet verder vervolgen: “Zoolang het onderzoek op de terechtzitting nog niet is aangevangen, kan van verdere vervolging worden afgezien, ook op gronden aan het algemeen belang ontleend.”

¹⁷⁶ Het openbaar ministerie is dus ook de enige actor die een zogenaamd proefproces kan starten bij de strafrechter.

De hierboven besproken kenmerken en knelpunten van het strafproces zijn gebaseerd op het huidige recht. Toch mag niet uit het oog worden verloren dat er als sinds 2014 wordt gewerkt aan het enorme project ‘modernisering van het Wetboek van Strafvordering’. Binnen de ontwikkeling van een nieuw Wetboek van Strafvordering is aandacht voor digitalisering van het strafproces en nieuwe technologieën¹⁷⁷ die een rol spelen in de opsporing.

2.4.3 Beschrijving bestaande alternatieven

Vanwege de kenmerken hierboven beschreven leent het strafrecht zich van nature slecht voor een collectieve procedure. Toch zijn er mogelijkheden waarop er meer partijen deelnemen in een strafzaak, de ene mogelijkheid meer theoretisch dan de ander.

2.4.3.1 Het beklag omtrent niet (verder) vervolgen

Hierboven is al uiteengezet dat het openbaar ministerie kan besluiten niet te vervolgen of niet verder te vervolgen. Artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) bepaalt¹⁷⁸ dat rechtstreeks belanghebbenden beklag kunnen doen over het niet of niet verder vervolgen van een strafbaar feit. Hoewel de meest prominente groep belanghebbenden slachtoffers en nabestaanden zijn, kan de belanghebbende ook een rechtspersoon zijn die een specifiek belang behartigt. Het beklag is ingevoerd om te compenseren voor nadelige gevolgen van het opportuniteitsbeginsel en vervolgingsmonopolie.¹⁷⁹ Immers, het openbaar ministerie heeft veel macht in de keuze welke strafbare feiten wel of niet te vervolgen. Middels artikel 12 Sv is er een opening voor niet-strafrechtelijke actoren hun belang te laten gelden. In een zekere mate is dit ook toezicht van de strafrechter op het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie.¹⁸⁰ Het criterium rechtstreeks belanghebbenden staat in artikel 12 lid 1 Sv centraal. De verduidelijking dat het om een rechtstreeks belang moet gaan is met een wet van 1984 toegevoegd, in de oorspronkelijke versie van het artikel uit 1926 was ‘rechtstreeks’ nog geen criterium.¹⁸¹ Als toelichting op het rechtstreeks belang wordt in de Memorie van Toelichting gegeven:

“Daarmee wordt in de lijn van de op dit stuk gevormde jurisprudentie, in de wet zelf tot uitdrukking gebracht dat de klager in een niet verwijderd, rechtstreeks verband moet staan tot het belang dat hij bij de vervolging heeft. De klager zal, zoals de Hoge Raad het formuleert,

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld het rapport, Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops), juni 2018. <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/06/26/rapport-commissie-koops---regulering-van-opsporingsbevoegdheden-in-een-digitale-omgeving>>.

¹⁷⁸ Artikel 12 Strafvordering luidt: “1) Wordt een strafbaar feit niet vervolgd, de vervolging niet voortgezet, of vindt de vervolging plaats door het uitvaardigen van een strafbeschikking, dan kan de rechtstreeks belanghebbende daarover schriftelijk beklag doen bij het gerechtshof, binnen het rechtsgebied waarvan de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging is genomen, dan wel de strafbeschikking is uitgevaardigd. Indien de beslissing is genomen door een officier van justitie bij het landelijk parket of bij het functioneel parket, is het gerechtshof Den Haag bevoegd. Indien de beslissing is genomen door een officier van justitie bij het parket centrale verwerking openbaar ministerie, is bevoegd het gerechtshof in het ressort waar de klager woon- of verblijfplaats heeft. Bij gebreke daaraan is het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevoegd. 2) Onder rechtstreeks belanghebbende wordt mede verstaan een rechtspersoon die krachtens zijn doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden een belang behartigt dat door de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging rechtstreeks wordt getroffen. 3) Geen beklag is mogelijk indien er sprake is van een onherroepelijke einduitspraak als bedoeld in artikel 482a.”

¹⁷⁹ G. J. M. Corstens & M. J. Borgers, ‘Het Nederlandse Strafprocesrecht’, Kluwer: Deventer 2011, p. 546.

¹⁸⁰ G. J. M. Corstens & M. J. Borgers, p. 547.

¹⁸¹ Kamerstuk II 1979/80, 15 831, nr. 3.

door het achterwege blijven van de vervolging getroffen moeten worden in een belang dat hem bepaaldelijk aangaat”.¹⁸²

De wetgever benadrukt hierbij ook dat collectieve belangen, behartigd door een rechtspersoon, kunnen worden aangemerkt als rechtstreekse belangen dan wel de rechtspersoon als rechtstreeks belanghebbende. Voor rechtspersonen is het cruciaal dat zij een bijzonder, of specifiek, belang behartigen om ontvankelijk te zijn in hun beklag.¹⁸³ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan behartiging van belangen met betrekking tot het milieu, welzijn van dieren en bescherming tegen kindermishandeling.¹⁸⁴ Er moet bovendien niet alleen maar worden gekeken naar de doelstelling van de rechtspersoon, maar ook naar de feitelijke werkzaamheden.¹⁸⁵ Door op te komen voor collectieve belangen op grond van artikel 12 lid 2 Sv kunnen rechtspersonen een nuttige functie verrichten bij delicten waarbij concrete slachtoffers ontbreken. Bij de uitleg van een rechtstreeks belang wordt aangesloten bij het belanghebbende begrip uit het bestuursrecht.¹⁸⁶ Het rechtsreeks belang kent vier criteria:

- Het belang moet kenmerkend zijn: de klager moet zich voldoende onderscheiden van de massa, het belang moet bijzonder zijn.
- Het moet gaan om een eigen belang: de klager kan niet opkomen voor andermans belangen.
- Het belang moet objectief bepaalbaar zijn: er moet van de persoonlijke inschatting van de betrokkene worden geabstraheerd.
- Het belang moet redelijk zijn: niet ieder voordeel vormt een redelijk belang, met name oneigenlijke belangen zijn uitgesloten.¹⁸⁷

Het milieustrafrecht is een domein binnen het Nederlandse strafrecht waar bij uitstek ruimte is voor deelname van belangengroeperingen in een strafzaak. Het milieustrafrecht is, net zoals zijn tegenhanger in het bestuursrecht, een rechtsgebied waar belangen centraal staan die het individu overstijgen. In de jaren '70 is er al een ingang gemaakt voor belangengroeperingen met het Waddenzee-arrest,¹⁸⁸ waarin een belangenvereniging op grond van haar statuten en feitelijke werkzaamheden kan worden aangemerkt als belanghebbende. Volgens de statuten streefde de vereniging de volgende doelen na:

“1. De vereniging stelt zich ten doel de bevordering van de belangstelling voor het Waddenzeegebied en de Wadden-eilanden in de ruimste zin en streeft naar een zo goed mogelijk behoud van de natuurlijke staat van dit gebied. 2. Zij tracht haar doel te bereiken met alle daartoe geoorloofde middelen, o.m. door het bijeenbrengen van een zo uitvoerig mogelijke documentatie, het geven van voorlichting in zo breed mogelijke kring en het opkomen tegen alle activiteiten, die schade kunnen toebrengen of afbreuk kunnen doen aan het Waddengebied in zijn geheel als onvervangbaar en uniek natuurgebied”.¹⁸⁹

Het Hof concludeerde dat de vereniging hiermee als volgt als belanghebbende kan worden aangemerkt: “dat op grond van deze doelstelling adressante in beginsel belanghebbende kan

¹⁸² Kamerstuk II 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 17.

¹⁸³ Kamerstuk II 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 17.

¹⁸⁴ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse Strafprocesrecht*, Kluwer: Deventer 2011, p. 550.

¹⁸⁵ G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlandse Strafprocesrecht*, Kluwer: Deventer 2011, p. 550.

¹⁸⁶ WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., artikel 12 Sv, aant. 11.

¹⁸⁷ WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., artikel 12 Sv, aant. 11.

¹⁸⁸ Hof Leeuwarden 30 juli 1976, ECLI:NL:GHLEE:1976:AB6454, NJ 1977, 120.

¹⁸⁹ Hof Leeuwarden 30 juli 1976, ECLI:NL:GHLEE:1976:AB6454, NJ 1977, 120.

zijn in de zin van art. 12 Sv. met betrekking tot de vervolging van delicten, welke aan de bevordering van de belangstelling voor het Waddenzeegebied en de Waddeneilanden afbreuk doen dan wel de natuurlijke staat van dit gebied in gevaar brengen of schaden.”¹⁹⁰ Toch blijft het lastig te duiden wanneer er sprake is van een bijzonder belang. Groenhuijsen geeft na het Waddenzee-arrest het volgende voorbeeld: Wat als Greenpeace in haar statuten stelt op te komen voor de belangen van een specifieke diersoort? Dit zal weliswaar een bijzonder belang zijn maar niet exclusief, is dit belang dan niet te algemeen?¹⁹¹ Ook in het kader van het recht op privacy blijft het lastig te duiden wanneer een vereniging die voor dit belang opkomt een rechtstreeks belang heeft. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt wat nog iets meer houvast geeft. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen groepen die opkomen voor groepsbelangen en verenigingen die opkomen voor algemene belangen. De groepsbelangen zouden eerder niet-ontvankelijk worden verklaard omdat er vaak een mogelijkheid is voor de individuen binnen deze groep om afzonderlijk te klagen, terwijl dit in het algemeen belang niet mogelijk is en men daarom aangewezen is op verenigingen.¹⁹² In theorie is dit een goed onderscheid, de vraag is alleen of in het geval van groepsbelangen daadwerkelijk de mogelijkheid bestaat voor individuen om te klagen en of dit haalbaar is.

2.4.3.2 De Hoge Raad: prejudiciële vragen & cassatie in het belang der wet

Na invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civiele recht en fiscaal recht is er ook aandacht voor het invoeren van een dergelijke mogelijkheid in het strafrecht.¹⁹³ De mogelijkheid tot prejudiciële vragen is opgenomen in de herziening van het Wetboek van Strafvordering Boek 6.¹⁹⁴ Een van de behoeften waarin een prejudiciële procedure zou voorzien is het repareren van gebreken in wetgeving of het duiden van wetgeving. Het voorleggen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is niet een collectieve procedure, maar kan wel tegemoet komen aan belangen van een bredere groep. In het geval van Big Data is dit vooral interessant wanneer er onduidelijkheid is over de bevoegdheid waarop het Big Data gestoeld is. De Hoge Raad zou dan een vraag hierover kunnen beantwoorden, ook met het oog op bijvoorbeeld de inbreuk die een dergelijke bevoegdheid maakt op het recht op privacy van verdachten.

De cassatie in het belang der wet¹⁹⁵ kan hetzelfde effect bereiken als de hierboven beschreven prejudiciële procedure. Uiteraard is een verschil dat de cassatie in belang der wet al wel een bestaand rechtsmiddel is, terwijl de prejudiciële procedure in het strafrecht de interesse heeft van de wetgever maar momenteel nog niet is ingevoerd. Cassatie in belang der wet kan worden ingezet om snel een antwoord te krijgen van de Hoge Raad op een rechtsvraag die in meer zaken aan de orde is.¹⁹⁶ Echter, de cassatie kan alleen worden ingezet door de procureur-

¹⁹⁰ Hof Leeuwarden 30 juli 1976, ECLI:NL:GHLEE:1976:AB6454, NJ 1977, 120.

¹⁹¹ M. S. Groenhuijsen, ‘Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), Verdediging van collectieve belangen via de rechter (pp. 99-133)’, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988.

¹⁹² M. S. Groenhuijsen, ‘Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht. In: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), Verdediging van collectieve belangen via de rechter (pp. 99-133)’, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink, 1988; WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., artikel 12 Sv, aant. 18.

¹⁹³ De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie gaf gehoor aan de motie Dijkhoff/Van Nispen van 26 november 2014 door het laten verrichten van een evaluatie tot de mogelijkheid van het invoeren van een prejudiciële procedure in het strafrecht. I. Giesen, e.a., ‘De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht’, WODC, 2016.

¹⁹⁴ <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-6-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-bijzondere-regelingen>>., voorgesteld artikel 6.2.3.1 e.v.

¹⁹⁵ Artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie.

¹⁹⁶ M. J. Borgers, ‘Cassatie in het belang der wet in strafzaken’, in: A. M. Hol, I. Giesen & F. G. H. Kristen (eds.), ‘De Hoge Raad in 2025 (pp. 225-232)’, Den Haag: Bju, 2011.

generaal, deze moet een voordracht tot cassatie voor de wet doen. De verdediging –en belangengroepen die opkomen voor de belangen van verdachten, zoals privacy of non-discriminatie kan hier dus geen gebruik van maken om een vraag aan de Hoge Raad voor te leggen op eigen initiatief.

2.4.3.3 Schadevergoeding

Tot slot kan nog kort de mogelijkheid tot schadevergoeding binnen het strafrecht worden benoemd. Eerder werd artikel 51f Sv, dat betrekking heeft op benadeelden benoemd. Deze mogelijkheid is nog strikter dan het beklag van artikel 12 Sv. Waar het onder artikel 12 Sv nog gaat over het behartigen van een belang gaat het onder artikel 51f jo. 332-335 Sv over het hebben van een belang, de vereniging die een collectief belang vertegenwoordigd moet zelf het slachtoffer zijn van het schadeveroorzakende delict.¹⁹⁷

2.4.4 Knelpunten die nog overblijven

Het zal niet vaak voorkomen dat een Big Data toepassing zelf een strafbaar feit zou inhouden. Dat betekent dat de relevantie van Big Data toepassingen voor deze analyse zit in de toetsing van de toepassingen in de bewijsvraag. Op grond van artikel 348 jo. 350 Sv toetst de strafrechter of het strafbare feit bewezen kan worden verklaard en om welk strafbaar feit het dan gaat, of er redenen zijn om de verdachte van straf uit te sluiten, en bepaalt de rechter de op te leggen straf. Bij de kwalificatie van het strafbare feit en de vraag of de dader strafbaar wordt geacht zijn Big Data toepassingen niet echt bruikbaar, bij het bepalen van de hoogte van de straf zou in de verre toekomst Big Data wel relevant kunnen zijn.¹⁹⁸

De inzet van Big Data in de bewijsvergaring is reeds mogelijk. Zoals in eerdere hoofdstukken al is beschreven bestaat de aantrekkingskracht van Big Data voornamelijk uit het ontdekken van (nieuwe) verbanden. Voor het strafrecht betekent dit dat het gebruik van profielen interessant is, het algoritme licht de personen er uit die aan het profiel voldoen. Wanneer profielen worden gebruikt is dit vaak het startpunt van een onderzoek, een verdachte komt in beeld. Er zijn ook andere Big Data toepassingen, waarbij vaak al een verdachte in beeld is, maar er naar bewijs wordt gezocht, bijvoorbeeld door middel van datamining of textmining. Het gebruik van profielen kan door de strafrechter worden getoetst in de bewijsvraag: is de persoon die aan het profiel voldoet wel de dader? Kan dit bewezen worden? Daarnaast kan een Big Data toepassing een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte waarbij in de toetsing van het bewijs moet worden gezien of er bewijs uitgesloten dient te worden. Het knelpunt is dat dit soort toetsingen vaak van geval tot geval plaatsvinden en zien op een concrete zaak. Het gaat hier om het recht op privacy van dit individu in deze concrete context, dus het collectief speelt hier niet echt een rol.

Toch is hier enige ruimte. Sommige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer kunnen veroorzaakt zijn door een structurele praktijk. In dat geval kan de strafrechter consequenties verbinden aan het gebruik van een dergelijke Big Data toepassing. Bewijsuitsluiting kan worden gezien als een waarborg tegen structurele schendingen. Zo zouden Big Data toepassingen indirect kunnen worden getoetst en de toetsing gevolgen hebben voor meer zaken dan één individuele zaak. Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is in de praktijk

¹⁹⁷ M. S. Groenhuijsen, 'Verdediging van collectieve belangen in het strafrecht', in: M. B. W. Biesheuvel (Ed.), *Verdediging van collectieve belangen via de rechter* (pp. 99-133).

¹⁹⁸ Zo wordt Big Data in de Verenigde Staten bijvoorbeeld al gebruikt om de gevangenisstraf te bepalen en beslissingen omtrent vervroegde vrijlating en dergelijke.

een van de meest aangevoerde argumenten van de verdediging voor bewijsuitsluiting. Een verweer tot bewijsuitsluiting kent een grotere kans van slagen dan het verzoek tot niet-ontvankelijk verklaren van het OM, waarvoor de drempel vaak te hoog ligt.¹⁹⁹ Of er tot bewijsuitsluiting wordt overgegaan hangt onder andere af van het nadeel dat door de verdachte is geleden.²⁰⁰ Nadeel kan bestaan uit het schaden van de verdediging van de verdachte.²⁰¹ Het recht op een eerlijk proces, onder andere volgend uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, kent als een van de componenten ‘equality of arms’. Dit beginsel houdt in dat de verdachte het bewijs materiaal moet kunnen betwisten. Op de langere termijn betekent dit dat Big Data toepassingen die zo complex en ondoorzichtig zijn mogelijk niet aan dit criterium voldoen.²⁰² Big Data kan alleen worden ingezet in zoverre nog te traceren is hoe de beslissing of uitkomst tot stand komt zodat de verdediging deze kan betwisten. Het gebruik van algoritmen en vooral van deep learning maakt het nog ingewikkelder om beslissingen uit te leggen en verantwoorden.

Hoewel er dus bepleit kan worden dat verdachten nadeel kunnen ondervinden wanneer Big Data toepassingen een inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer creëren wil dit niet zeggen dat de inbreuk ernstig genoeg is voor de strafrechter om daar gevolgen, zoals bewijsuitsluiting, aan te verbinden. De laatste jaren blijkt vooral uit rechtspraak van lagere rechters dat het vaak te lichte privacy inbreuken betreft om hier gevolgen aan te verbinden.²⁰³ Zeker wanneer het gaat om privacy belangen die het individu overstijgen zal er een ernstige inbreuk moeten zijn die niet alleen de privacy van deze verdachte raakt maar duidt op een structurele praktijk van inbreuken, voordat de strafrechter hier zware gevolgen aan verbind.

Momenteel vindt er in het kader van de herziening van het Wetboek van Strafvordering een discussie plaats omtrent het huidige artikel 359a Sv dat ziet op vormverzuimen. Een van de punten die herzien zou kunnen worden in het kader van deze hervorming is het toezicht op het vooronderzoek. Onder het huidige artikel 359a Sv ligt de nadruk op toezicht op de procesrechten van de verdachte. Dit heeft tot gevolg dat er een mogelijk gebrek aan toezicht is op het strafvorderlijk vooronderzoek.²⁰⁴ Dit terwijl er in het vooronderzoek veel informatie wordt verzameld waarbij zich mogelijke privacy inbreuken voordoen.²⁰⁵ Met de komst van Big Data is er een tendens naar risico preventie en proactieve opsporing in plaats van

¹⁹⁹ R. ter Haar, ‘De rol van de factor ‘nadeel’ bij eventuele bewijsuitsluiting na een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer’, Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht 2015/15.

²⁰⁰ Zie artikel 359a Sv.

²⁰¹ HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (Afvoerpipj arrest)

²⁰² Zie over dit punt bijvoorbeeld ook: Y. Buruma, ‘De criminele homo digitalis,’ Nederlands Juristenblad, 2016/22, p. 1535; M. Hildebrandt, ‘Data-gestuurde intelligentie in het strafrecht’, Handelingen NJV, Deventer: Wolters Kluwer, 2016.

²⁰³ R. ter Haar, ‘De rol van de factor ‘nadeel’ bij eventuele bewijsuitsluiting na een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer’, Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht 2015/15.

²⁰⁴ M. Samadi, ‘Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?’, Platform Modernisering Strafvordering 2018-6, DOI: 10.5553/PMSV/258950952018001006001; M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, Delikt & Delinkwent 2016/37, afl. 6, p. 406-418; noot Borgers onder HR 4 januari 2011, NJ 2012/145 en noot Buruma onder HR 30 maart 2004, NJ 2004/376; M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen’, in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwkerk (red.), ‘Roosachtig strafrecht (De Roos-bundel)’, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

²⁰⁵ E. J. Koops, ‘Technology and the Crime Society: Rethinking Legal Protection’, Law Innovation and Technology 1;93-124, 2009; S. Brinkhoff, ‘Big Data Data Mining by the Dutch Police: Criteria for a Future Method of Investigation’, European Journal for Security Research, 2;57-69, 2017; S. van Schendel, ‘The Challenges of Risk Profiling used by Law Enforcement: examining the cases of COMPAS and SyRI’, in: R. E. Leenes & L. S. Reins (eds.), ‘Regulating New Technologies in Uncertain Times’, Springer 2019.

reactieve opsporing²⁰⁶, of anticiperend straffen²⁰⁷ op basis van voorspellingen en patronen. Dit betekent dat er steeds meer activiteit plaatsvindt in het vooronderzoek terwijl de waarborgen voor verdachten –of burgers met een hoog risico profiel- verankerd liggen in de fasen van verdere vervolging en terechtzitting. Het is maar de vraag of de herziening van artikel 359a Sv hier verbetering in brengt.²⁰⁸ Volgens Hildebrandt en Buruma zorgen de voorgestelde wijzigingen van het gemoderniseerde wetboek juist voor een nóg sterkere verschuiving van bevoegdheden naar het vooronderzoek.²⁰⁹ Veel vormen van monitoring en risico analyse zullen (in de nabije toekomst) de rechter niet bereiken en zullen dus op een andere manier getoetst moeten worden.²¹⁰

Aangezien Big Data toepassingen vooral relevant zijn voor het vinden van verdachten en bewijsmateriaal zijn hierboven besproken processuele middelen zoals artikel 12 Sv niet zozeer relevant. Een beroep op artikel 12 Sv ziet immers op het strafbare feit zelf, niet op de methoden die worden gebruikt voor bewijsvergaring. Wanneer artikel 12 Strafvordering wel relevant zou zijn in het kader van Big Data gebruik door de overheid, blijft de vraag wat een voldoende rechtstreeks belang is. Het gebruik van Big Data in beleid en in het nemen van beslissingen brengt risico's met zich mee van onrechtvaardige inbreuken op het recht op privacy, het recht op een eerlijk proces of schending van het beginsel van non-discriminatie. Dit soort belangen laten zich lastig vatten in een specifiek belang van een belangenbehartigende rechtspersoon. Bijvoorbeeld discriminatie van een specifiek persoon moet dan impact hebben op de positie van een groep waartoe deze persoon behoort en de rechtspersoon moet opkomen voor gelijke behandeling van deze groep. Daarnaast kan nog worden opgemerkt dat een ruimere interpretatie van belanghebbende voor artikel 12 Sv tot praktische problemen zou leiden, daar procedures onder dit artikel al een te lange doorlooptijd kennen, een ruimere interpretatie dan heden vormt een zware belasting op gerechtshoven.²¹¹

2.4.5 Conclusie

Hoewel er interessante toepassingen van Big Data in de strafrecht keten mogelijk zijn is dit niet een domein waar een rol is voor collectieve belangen. Het is wel bij uitstek een domein voor immateriële belangen, zoals het recht op privacy van verdachten bij de inzet van opsporingsbevoegdheden, of het nadeel dat slachtoffers of de maatschappij als geheel ondervinden van criminaliteit. In het moderniseringsproces staat aandacht voor het collectief of zaaksoverstijgende belangen niet centraal. Echter, nieuwe regulering van opsporingsbevoegdheden kan in het geval van Big Data toepassingen en dergelijke technologieën wel meer waarborgen bieden dan huidige wetgeving die hier niet voor bedoeld was. De vraag is of dit in de toekomst een impact zal hebben op de hierboven beschreven problematiek, bijvoorbeeld op frequentie van bewijsuitsluiting of een versterking van de positie van NGO's die opkomen voor privacy rechten van verdachten. Het lijkt er echter op

²⁰⁶ S. van Schendel, 'The Challenges of Risk Profiling used by Law Enforcement: examining the cases of COMPAS and SyRI', in: R.E. Leenes & L.S. Reins (eds.), 'Regulating New Technologies in Uncertain Times', Springer 2019.

²⁰⁷ Y. Buruma, 'De criminele homo digitalis', Nederlands Juristenblad 2016/22, p. 1535; M. Hildebrandt, 'Data-gestuurde intelligentie in het strafrecht', Handelingen NJV, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

²⁰⁸ M. Samadi, 'Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?', Platform Modernisering Strafvordering 2018-6, DOI: 10.5553/PMSV/258950952018001006001.

²⁰⁹ Y. Buruma, 'De criminele homo digitalis', Nederlands Juristenblad 2016/22, p. 1535; M. Hildebrandt, 'Data-gestuurde intelligentie in het strafrecht', Handelingen NJV, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

²¹⁰ M. Hildebrandt, 'Data-gestuurde intelligentie in het strafrecht', Handelingen NJV, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

²¹¹ I. Giesen e.a., 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht', WODC, 2016.

dat er een steeds sterkere tendens is voor meer Big Data toepassingen in het vooronderzoek, waar minder waarborgen gelden voor de verdachten dan in latere fasen van het onderzoek en de terechtzitting.

2.5 Conclusie

Veel Big Data vraagstukken kunnen naar hun aard het beste collectief worden geadresseerd, maar in het recht ligt het primaat op individuele rechtsbescherming. Binnen het civielrecht lijkt het voornaamste knelpunt onder het huidige regime van art. 3:305a e.v. BW vooral voort te komen uit de beperkte reikwijdte van de (collectieve) rechtsbescherming die de civiele rechter kan bieden in geval van overheidsinbreuken die een publiekrechtelijke grondslag hebben. Door de terugtrekkende beweging van de Hoge Raad in de paspoortzaak blijft de civiele overheidsrechter in die gevallen vaak ‘buitenspel’, terwijl de collectieve rechtsbescherming via het bestuursrecht hiaten vertoont en niet gelijkwaardig is aan de collectieve rechtsbescherming die de civiele rechter kan bieden, onder meer vanwege de beperkingen ten aanzien van wat de bestuursrechter mag toetsen. Nu de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is aangenomen, is de verwachting dat de rol van de civiele rechter voor de rechtsbescherming bij data-inbreuken door de overheid verder beperkt wordt door de algemene verzwaring van de ontvankelijkheidstoets, ook voor algemeen belang-acties en de afwezigheid van adequate financieringsmogelijkheden.

Net zoals het civielrecht is het bestuursprocesrecht sterk gericht op het individu, zijn belangen en rechten, maar net als in het civielrecht zijn er ook in het bestuursrecht openingen te vinden. Zo kunnen rechtspersonen algemeen belang acties voeren als zij in hun statuten een bijzonder algemeen belang verdedigen en feitelijke werkzaamheden in die richting uitoefenen en kunnen zij opkomen voor groepsbelangen. Toch zijn deze openingen beperkt in mogelijkheden, zeker als ze worden bekeken in het licht van de Big Data toepassingen. Daarom heeft een aantal auteurs gepleit voor ruimere openingen in het bestuursrecht, door aansluiting te zoeken bij het privaatrecht, door het vereiste van feitelijke werkzaamheden te laten vallen of door het mogelijk te maken om een direct beroep tegen algemeen verbinden voorschriften en beleidsregels open te stellen.

Hoewel er interessante toepassingen van Big Data in de strafrecht keten mogelijk zijn is binnen het strafrecht slechts een beperkte rol voor collectieve belangen. Het is wel bij uitstek een domein voor immateriële belangen, zoals het recht op privacy van verdachten bij de inzet van opsporingsbevoegdheden, of het nadeel dat slachtoffers of de maatschappij als geheel ondervinden bij criminaliteit. Ook binnen de ontwikkeling van een nieuw Wetboek van Strafvordering is aandacht voor digitalisering van het strafproces en nieuwe technologieën die een rol spelen in de opsporing. Nieuwe regulering van opsporingsbevoegdheden kan in het geval van Big Data toepassingen en dergelijke technologieën wel meer waarborgen bieden dan huidige wetgeving die hier niet voor bedoeld was. De vraag is of dit in de toekomst een impact zal hebben op de hierboven beschreven problematiek, bijvoorbeeld op frequentie van bewijsuitsluiting of een versterking van de positie van NGO's die opkomen voor privacy rechten van verdachten.

3. Internationale rechtsvergelijking

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zijn de resultaten van de rechtsvergelijking verrat. Om alternatieven te vinden voor het thans geldende juridische kader is gekeken naar rechtsfiguren die bestaan in de omringende landen. Bestudeerd zijn België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk; ook zijn rechtsfiguren bekeken zoals die bestaan binnen de Europese Unie en de Raad van Europa. Buiten Europa is een korte blik geworpen op landen als Australië, Canada en de Verenigde Staten, waarvan ook een aantal voorbeelden is besproken tijdens de workshops, maar vanwege de leesbaarheid van het onderzoek hier verder onbesproken blijft.

Bij de bestudering van de geselecteerde jurisdicties is gekozen om steeds een of enkele interessante rechtsfiguren te bespreken die als inspiratie zouden kunnen dienen voor Nederland. Daarbij is niet slechts gekeken naar rechtsfiguren die in de Big Data context worden toegepast; omdat het hier om primair procesrechtelijke openingen gaat is gekeken naar verscheidene domeinen, zoals het milieurecht, het consumentenrecht en het anti-discriminatierecht. Vervolgens zijn hier rechtsfiguren gekozen die ofwel gelijkenis vertonen met Nederlandse rechtsfiguren en daarmee kunnen dienen als inspiratie ter aanpassing van bestaande rechtsfiguren, ofwel rechtsfiguren die het Nederlandse systeem niet kent en daarmee ter inspiratie dienen voor mogelijkheden die onder het huidige Nederlandse recht niet bestaan. Leidend daarbij is hoe de rechtsfiguren zien op de problematiek van Big Data, zoals bijvoorbeeld, onduidelijkheid omtrent de schade, maatschappelijke belangen die op het spel staan, gebrek aan drijfveer voor individuen om te procederen of ondoorzichtigheid van processen.

Daarbij zijn twee beperkingen van belang. Ten eerste is bij de bespreking van rechtsfiguren niet gestreefd naar volledigheid, noch in de selectie van de bestudeerde jurisdicties noch in de selectie van de bestudeerde rechtsfiguren binnen de geselecteerde jurisdicties. Ten tweede bleek het lastig om uit de literatuur de exacte werking van die rechtsfiguren in de praktijk te destilleren. Hoewel daartoe zoveel mogelijk contacten en experts zijn geraadpleegd, is het beeld onvolledig, niet in de laatste plaats ook omdat dit een rechtsterrein betreft dat ook elders nog in de spreekwoordelijke kinderschoenen staat. Daarover kan derhalve weinig gezegd worden. De hieronder besproken opties moeten dan ook niet als meer worden gezien dan een palet om voldoende inspiratie te hebben om keuzes te maken en reguleringsopties te ontwikkelen.

3.2 Raad van Europa

Zoals reeds in de introductie van dit rapport is aangegeven is het EHRM sterk gericht op individuele klachten van natuurlijke personen die opkomen voor hun individuele belangen. Dat is zeker zo als het gaat om het recht op privacy, maar geldt ook ten aanzien van de andere bepalingen die in het EVRM zijn verrat.

Het EVRM kent twee soorten klachten: (1) klachten tussen staten (bijvoorbeeld Noorwegen start een zaak tegen Zweden wegens schending van mensenrechten) en (2) individuele klachten. Het individuele klachtrecht staat formeel open voor drie soorten klagers: (2a)

natuurlijke personen, (2b) niet-gouvernementele organisaties en (2c) groepen natuurlijke personen. Claims kunnen alleen tegen staten worden ingediend.

Het EVRM werd opgesteld tegen de achtergrond van de Tweede Wereldoorlog. De kern van het verdrag lag niet het beschermen van specifieke belangen van individuele eisers, maar om groot en systematisch machtsmisbruik door staten te voorkomen. Daarom was de bedoeling van de verdragsopstellers dat met name de procedure van de interstatelijke klachten zou worden gebruikt. Voor zover er gebruik werd gemaakt van de individuele-klachtenmodus, waren er ook drempels opgeworpen die ervoor moesten zorgen dat de klachten niet slechts individuele belangen betroffen. Het toezicht op de naleving van het verdrag geschiedt op twee niveaus. Allereerst wordt er een oordeel geveld over de ontvankelijkheid van een zaak; dit oordeel kwam aanvankelijk toe aan de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECMHR), die nu niet meer bestaat en wiens taken zijn overgenomen door een aparte sectie van het EHRM. Alleen ten aanzien van de Commissie bestond het mechanisme van individuele klachten. Zelfs als een zaak ontvankelijk was verklaard door de Commissie, had de individuele klager (natuurlijke persoon, rechtspersoon of groep) niet het recht om de zaak voor te leggen aan het EHRM, om zo een inhoudelijk oordeel over de zaak af te dwingen. Een zaak kon alleen aan het Hof worden voorgelegd door de Commissie of door een lidstaat van de Raad van Europa. Het idee was dat alleen individuele klachten die betrekking hadden op of raakten aan een algemeen belang, aan het EHRM zouden worden voorgelegd ter beoordeling.²¹²

Deze keuze van de verdragsopstellers is in de loop der tijd radicaal omgedraaid. Het EVRM werd zodanig gewijzigd dat individuele klagers wier klacht ontvankelijk is verklaard hun zaak zelf kunnen voorleggen aan het Hof voor een inhoudelijke beoordeling.²¹³ Het model van interstatelijke klachten wordt nauwelijks gebruikt. Het is tot nu toe een keer of 20 tot een interstatelijke klacht gekomen, wat scherp contrasteert met de vele tienduizenden klachten van individuele klagers. Groepen worden door het Hof in principe niet ontvangen in hun klacht (tegen de expliciete opname van deze categorie in het EVRM in). Alhoewel verschillende personen hun klachten wel mogen bundelen en er soms ook vertegenwoordigende organen mogen opkomen namens een groep, mag een groep niet als groep een klacht indienen.²¹⁴ En ook als het gaat om het toekennen van een klachtrecht aan rechtspersonen is het EHRM terughoudend, zeker als het gaat om het recht op privacy, als beschermd door artikel 8 EVRM.²¹⁵

Dat betekent dat in de praktijk een grote nadruk ligt op natuurlijke personen als degenen die een klacht kunnen indienen onder het EVRM. Daarbij komt dat het Hof vereist dat deze personen concrete en daadwerkelijke schade hebben ondervonden van een concrete en specifieke inbreuk. Kan dat niet worden aangetoond, dan worden hun klachten niet-ontvankelijk verklaard. Zogenaemde in abstracto klachten, die gaan over een wet of beleid als zodanig, zonder dat de eisers beweren daar zelf hinder van te hebben ondervonden, worden in principe niet-ontvankelijk verklaard,²¹⁶ wat ook geldt voor zogenaemde *a-priori* klachten, waarin een zaak wordt aangebracht nog voordat de privacy-inbreuk zich heeft voltrokken.²¹⁷ Dat betekent ook dat hypothetische klachten, over een inbreuk waarvan de klager niet zeker

²¹² Zie uitvoeriger: B. van der Sloot, 'Privacy as virtue', Intersentia, Cambridge, 2017.

²¹³ Protocol No. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

²¹⁴ B. van der Sloot, 'Do groups have a right to privacy and should they?', IN: L. Taylor, L. Floridi & B. van der Sloot (eds.), 'Group Privacy', Springer, Dordrecht, 2017.

²¹⁵ ECRM, Church of Scientology of Paris t. Frankrijk, application no. 19509/92, 09 januari 1995.

²¹⁶ ECRM, Lawlor t. VK, application no. 12763/87, 14 juli 1988

²¹⁷ ECRM, Taura and others t. Frankrijk, application no. 28204/95, 04 december 1995.

weet of die zich heeft voorgedaan, in principe niet-ontvankelijk worden verklaard, en dat het EHRM geen zaken in behandeling neemt waarin de klagers niet opkomen voor hun eigen belang, maar voor de belangen van anderen of de samenleving in haar geheel. Ook deze zogenoemde algemeen belangacties of groepsvorderingen, *class actions* of *actio popularis*, worden in principe niet-ontvankelijk verklaard.²¹⁸

Toch is er een aantal buiten-individuele klachtenmogelijkheden, dat ook al kort in de inleiding ter sprake is gekomen en hieronder nog iets uitvoeriger zal worden besproken. Eerst zal iets worden gezegd over de mogelijkheid van niet-natuurlijke personen om een klacht in te dienen bij het EHRM, daarna zal worden besproken op welke wijzen het EHRM kijkt naar algemene belangen, en tot slot zullen kort drie rechtsfiguren aan bod komen die niet direct zien op het klachtrecht of de te beschermen belangen, maar daar wel indirect aan zijn gelieerd.

3.2.1 Klachtmogelijkheden van niet-natuurlijke persoon

Alhoewel de mogelijkheid weinig wordt gebruikt, is er nog steeds de mogelijkheid voor landen om tegen anderen landen die zijn aangesloten bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een klacht in te dienen over schendingen van het Verdrag. Zo zou Nederland bijvoorbeeld een klacht kunnen indienen over de mensenrechtenschendingen in Turkije. Bij dergelijke klachten is het niet noodzakelijk dat de belangen van Nederland zelf of één of meerdere van haar onderdanen zijn getroffen. Het gaat om het beschermen van de rechtsregels en de verdragsartikelen als zodanig. Het gaat bijvoorbeeld om landen die stelselmatig de rechten van hun burgers schenden met een (vals) beroep op de noodtoestand.²¹⁹

Het EHRM in de laatste jaren soepeler gaan kijken naar de mogelijkheid van rechtspersonen om klachten in te dienen. Allereerst is er de mogelijkheid dat een rechtspersoon voor een bepaalde groep opkomt; bijvoorbeeld de beroepsvereniging voor een bepaalde beroepsgroep. De vereniging van advocaten kan dan bijvoorbeeld in rechte optreden voor de belangen van de advocaten. Zo kan bijvoorbeeld een journalistenvereniging een beroep doen op artikel 8 EVRM ten aanzien van een wet die brede bevoegdheden gaf aan overheidsdiensten om communicatie van burgers, waaronder journalisten, te monitoren.²²⁰ Ook vakbonden en belangenverenigingen worden soms in hun klacht ontvangen.²²¹

Ten tweede is er de mogelijkheid van rechtspersonen om hun eigen belangen te beschermen. Dat kan bijvoorbeeld zijn mediaorganisaties die voor de vrijheid van publicatie en meningsuiting strijden. Ook voor het recht op privacy zijn er mogelijkheden. Zo heeft het Hof in 2002 geoordeeld dat een rechtspersoon bescherming onder artikel 8 EVRM geniet ten aanzien van zijn bedrijfspand tegen (onrechtmatig) binnentreden door de politie. In dat geval werd het bedrijfspand gezien als een ‘woning’ in de zin van artikel 8 EVRM. ‘Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises.’²²²

²¹⁸ EHRM, Asselbourg and 78 others and Greenpeace Association-Luxembourg t. Luxemburg, application no. 29121/95, 29 juni 1999.

²¹⁹ Artikel 15 EVRM.

²²⁰ EHRM, Ernst a.o. t. België Belgium, appl.no. 33400/96, 15 juli 2003.

²²¹ EHRM, André a.o. t. Frankrijk, appl.no. 18603/03, 24 juli 2008.

²²² EHRM, Stes Colas Est and others t. Frankrijk, appl.no. 37971/97, 16 april 2002, § 40-41.

Ten derde is er de rechtsfiguur, die tot nu toe niet vaak, maar wel in toenemende mate wordt geaccepteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en dat is de mogelijkheid voor rechtspersonen om voor algemene belangen op te komen. Deze optie wordt door het EHRM met name toegekend bij zaken die draaien om (grootschalige) surveillance en organisaties die strijden voor de mensenrechten en burgerlijke vrijheden. Zij kunnen dus opkomen voor maatschappelijke en algemene belangen die gemoeid zijn met een open en vrije samenleving.²²³

3.2.2 Bescherming van boven-individuele belangen

Naast het iets ruimer toelaten van klachten door rechtspersonen, is het EHRM ook bereid om zijn strikte focus op individuele belangen los te laten. Het neemt in toenemende mate ook algemene belangen mee in zijn beslissingen. Dat doet het in ieder geval in die zaken die door staten worden ingediend of door rechtspersonen die wet of beleid als zodanig aan de kaak stellen.

Onder het EVRM zijn drie beperkingsvoorwaarden voor de gekwalificeerde rechten: het recht op privacy en van de vrijheid van meningsuiting, van religie en van vereniging. Als in een zaak is vast komen te staan dat een van deze rechten is beperkt dan is de tweede vraag of deze beperking geoorloofd is. Die vraag wordt beantwoord door de beperking op drie punten te beoordelen. Als een beperking (1) is voorgeschreven bij wet, (2) een legitiem doel dient en (3) noodzakelijk is in een democratische rechtsstaat, dan is de inperking legitiem en is er geen schending van artikel 8 EVRM.

Bij het eerste criterium gaat het traditioneel om de vraag of de geconstateerde inbreuk op een wettelijke basis stoelt en of aan de in de wet vervatte voorwaarden is voldaan. Zo kan er in de nationale wet als voorwaarde voor het binnentreden van een woning door de politie zijn vereist dat er een huiszoekingsbevel is afgegeven door de rechter-commissaris. Als de politie vervolgens het huis van een burger binnentreedt zonder zo'n huiszoekingsbevel, dan is de inperking op het recht op privacy niet voorgeschreven bij wet en dus onrechtmatig. Gekoppeld aan het criterium van een wettelijke basis is het vereiste dat de wet voldoende duidelijk moet zijn, openbaar moet worden gemaakt en dat de gevolgen daarvan voorzienbaar moeten zijn voor burgers.

In de loop der tijd heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een andere voorwaarde gekoppeld aan het criterium van een wettelijke grondslag, namelijk de 'kwaliteit van de wet'. Interessant is dat het Hof hier juist ingaat op het bestaan van waarborgen tegen arbitraire machtsinzet. Zo heeft het onder meer geoordeeld: "Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference."²²⁴ De nadruk ligt hier dus op rechtsstatelijke aspecten en de

²²³ B. van der Sloot, 'Is the Human Rights Framework Still Fit for the Big Data Era? A Discussion of the ECtHR's Case Law on Privacy Violations Arising from Surveillance Activities', In: S. Gutwirth, R. Leenes & P. De Hert (eds.), 'Data Protection on the Move', Springer, Dordrecht, 2016.

²²⁴ ERHM, *Malone t. VK*, application no. 8691/79, 02 augustus 1984.

rule of law, het voorkomen van het toekennen van ‘*unfettered power*’ aan overheidsinstanties en het bestaan van waarborgen tegen ‘*arbitrary interference*’.

Dit ‘*quality of law*’-criterium gaat verder dan dat er een wettelijke basis moet zijn voor overheidshandelen of dat de wet als zodanig duidelijk moet zijn, openbaar moet worden gemaakt en dat burgers de gevolgen van de wetten kunnen snappen en voorzien. In de kern gingen deze criteria om de uitvoerende macht en de gevolgen van machtsinzet; die moeten voorzienbaar zijn en die moeten een wettelijke basis hebben. Het ‘*quality of law*’-criterium richt zich echter op de wetgevende macht als zodanig; het EHRM is met name bezorgd over de toenemende tendens waarin parlementen hun eigen wetgevende en controlerende macht beknotten en een vrijbrief aan de uitvoerende macht geven, met name waar het gaat om terrorismebestrijding. Waar het ‘*prescribed by law*’-criterium zich aanvankelijk tot de uitvoerende macht richtte – de uitvoerende macht mocht slechts handelen voor zover dat door de wetgevende macht was neergelegd in een wet – daar richt het ‘*quality of law*’-criterium zich primair tot de wetgevende macht – de wetgevende macht mag geen ongecontroleerde macht aan de uitvoerende macht geven.

Het ‘*quality of law*’-criterium bestrijdt de mogelijkheid dat parlementen ongebreidelde bevoegdheden aan overheidsdiensten toekennen. Het brengt met zich mee dat een wet (1) helder moet beschrijven welke bevoegdheden er worden toegekend aan een bepaalde overheidsdienst, (2) onder welke voorwaarden deze kunnen worden ingezet, (3) welke parlementaire en rechterlijke controle er geldt ten aanzien van de inzet van deze bevoegdheden en (4) welke middelen de burger toekomt om eventueel machtsmisbruik te voorkomen.²²⁵ Dit criterium ziet dus niet zozeer op de bescherming van concrete belangen van burgers, maar veeleer op de scheiding der machten en het in stand houden van een systeem van ‘*checks and balances*’.

Daarnaast is in december 2015 een ander belangrijk omslagpunt geweest in de jurisprudentie van het EHRM. Om toe te komen aan de vraag of de kwaliteit van de wet is gewaarborgd in een specifiek geval, moet het Hof de zaak nog steeds ontvankelijk hebben verklaard. Zoals gezegd is hiervoor in principe vereist dat er een inbreuk op een recht en concrete schade kan worden aangetoond. Zogenaemde in abstracto klachten, over de wet of beleid als zodanig, worden niet-ontvankelijk verklaard. Uit de lijn van het EHRM zou derhalve moeten volgen dat de klachten ten aanzien van de nieuwe data-technologieën vaak niet-ontvankelijk zouden moeten worden verklaard, omdat individuele schade en concrete inbreuken vaak lastig zijn aan te tonen. Dat zou betekenen dat overheden die met grootschalige gegevensverzameling en -analyse aan de slag gaan niet onderworpen zouden zijn aan het toezicht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Het Hof erkent deze problematiek en is daarom bereid om in exceptionele gevallen het vereiste van concrete schade laten vallen.²²⁶ Dit bleek voor het eerst expliciet uit de zaak Zakharov tegen Rusland, aangaande *mass-surveillance*, uit december 2015. “[W]here the domestic system does not afford an effective remedy to the person who suspects that he or she was subjected to secret surveillance, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified. In such circumstances the menace of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for

²²⁵ Zie ook: B. van der Sloot, 'A new approach to the right to privacy, or how the European Court of Human Rights embraced the non-domination principle', *Computer Law & Security Review*, 2018.

²²⁶ EHRM, Szabó and Vissy t. Hongarije, application no. 37138/14, 12 januari 2016

all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court and an exception to the rule, which denies individuals the right to challenge a law in abstracto, is justified.”²²⁷

Niet alleen is hiermee een opening geboden om het slachtoffer-criterium te laten vallen in dit type zaken, ook betekent het dat rechtspersonen, zoals burgerrechtenorganisaties, ontvankelijk kunnen worden verklaard – het gaat in dit soort zaken immers niet om het persoonlijk belang van de klager. Ook kunnen in dit soort zaken maatschappelijke, in plaats van individuele belangen worden meegenomen, namelijk gerelateerd aan rechtsstatelijke principes en de machtsrelaties als zodanig. Er mogen ook *class actions* of groepsvorderingen worden ingediend.²²⁸

Ten derde en tot slot lijkt hiermee de mogelijkheid te worden geboden voor het EHRM om nationale wetten op hun rechtsstatelijkheid te toetsen, zonder dat de wetten zelf een negatieve impact hoeven te hebben gehad op de belangen van de klagers of zelfs maar op algemene maatschappelijke belangen. Hier toetst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de wetgeving simpelweg op rechtsstatelijkheid, precies zoals constitutionele hoven in bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk wetten van het parlement op hun constitutionality kunnen toetsen.²²⁹ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in de jurisprudentie van het EHRM steeds vaker een variant op het woord ‘constitutionality’, namelijk ‘verdragsrechtelijkheid’ (*conventionality*).²³⁰ “The abstract review of ‘conventionality’ is the review of the compatibility of a national law with the Convention independently of a specific case where this law has been applied.”²³¹

Daarbij is het van belang dat zaken normaal gesproken alleen ontvankelijk worden verklaard onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens als eerst alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput (de klager is naar een nationale rechter gestapt, heeft hoger beroep aangetekend en is vervolgens naar het hoogste gerechtelijk college gegaan). Als de zaak vervolgens voor het EHRM komt en ontvankelijk wordt verklaard zal het hof niet optreden als hof in vierde instantie – het zal niet de hele zaak opnieuw in behandeling nemen, maar zal slechts een minimale mensenrechtentoets verrichten.

Opmerkelijk is dat ook dit principe overboord wordt gezet in zaken waar het EHRM optreedt als constitutionele rechter – het is dan juist bereid om zaken in eerste instantie te behandelen, dus nog voordat een nationale rechter naar de zaak heeft gekeken (een ander voorbeeld van zaken waarin het Hof in toenemende mate bereid is om op te treden als hof in eerste instantie is bij uitzettingen van immigranten). Dit in combinatie met de in abstracto toets op rechtsstatelijkheid maakt dat het EHRM soms als constitutioneel hof optreedt, die nationale wetten toetst op rechtsstatelijke aspecten, soms nog voordat een wet of beleid in werking is

²²⁷ EHRM, *Roman Zakharov v. Rusland*, application no. 47143/06, 04 december 2015, § 171.

²²⁸ B. van der Sloot, “Is the Human Rights Framework Still Fit for the Big Data Era? A Discussion of the ECtHR’s Case Law on Privacy Violations Arising from Surveillance Activities”, in: S. Gutwirth, R. Leenes & P. De Hert (eds.), *Data Protection on the Move*, Dordrecht: Springer, 2016.

²²⁹ EHRM, *Michaud t. Frankrijk*, application no. 12323/11, 06 December 2012, § 73. Zie ook: EHRM, *Vassis and others t. Frankrijk*, application no. 62736/09, 27 juni 2013.

²³⁰ EHRM, *Big Brother Watch and Others t. VK*, application nos. 58170/13 62322/14 24960/15, 13 september 2018. EHRM, *Py t. Frankrijk*, application no. 66289/01, 11 januari 2005. EHRM, *Kart t. Turkijë*, application no. 8917/05, 08 juli 2008. EHRM, *Duda t. Frankrijk*, application no. 37387/05, 17 maart 2009. EHRM, *Kanagaratnam and others t. België*, application no. 15297/09, 13 december 2011. EHRM, *M.N. and F.Z. t. Frankrijk en Griekenland*, application nos. 59677/09 and 1453/10, 08 januari 2013.

²³¹ EHRM, *Vallianatos and others t. Griekenland*, application nos. 29381/09 and 32684, 07 november 2013.

getreden. “In other words, the Grand Chamber invests itself with the power to examine in abstracto the Convention compliance of laws without any prior national judicial review.”²³²

3.2.3 Aanvullende mogelijkheden en ontwikkelingen

Dan zijn er tot slot nog drie ontwikkelingen die niet direct aan het klachtrecht als zodanig raken, maar desalniettemin de moeite van het vermelden waard zijn. Dat zijn *de pilot judgements*, de *amicus curiae* en de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen.

Ten eerste heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid om een zogenoemde *pilot-judgment* uit te voeren. De oorsprong van deze rechtsfiguur kan enerzijds worden gevonden in het feit dat sommige landen zich simpelweg niet houden aan de uitspraken van het EHRM²³³ (Rusland wordt hier vaak als voorbeeld genoemd) en anderzijds dat landen zich weliswaar strikt genomen houden aan de uitspraken van het Hof, maar onderliggende oorzaken niet aanpakken. In dat laatste geval wordt een specifiek slachtoffer wel gecompenseerd voor eventuele schade of de situatie voor een specifiek geval wel rechtgezet, maar blijft het regime als zodanig bestaan. ‘Having received literally hundreds of clone applications from Poland, the Court began to experiment with pilot judgments to help States resolve such failures.’²³⁴

Een voorbeeld kan zijn een land dat stelselmatig de correspondentie van gevangenen monitort. Dat mag slechts in exceptionele gevallen: ook gevangenen hebben een recht op privacy. Op de klachten van gevangenen die daarop volgen wordt de gevangenen compensatie geboden en eventueel de monitoring van de correspondentie van die specifieke gevangene stopgezet, maar wordt niets gedaan aan het (op zichzelf onrechtmatige) uitgangspunt van stelselmatige monitoring zonder concrete aanleiding. Dit is mogelijk omdat het Hof lange tijd heeft benadrukt dat het alleen uitspraken doet op een *case-by-case*-basis, dat wil zeggen, alleen over de concrete omstandigheden van het geval en de vraag hoe een algemene wet of beleid in een concreet geval uitpakt.

Daarom nam het Comité van Ministers in 2004 een resolutie aan waarin het Hof werd opgeroepen om twee zaken te doen.

I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;

II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the

²³² EHRM, Vallianatos and others t. Griekenland, application nos. 29381/09 and 32684, 07 november 2013.

²³³ P. Leach, H. Hardman & S. Stephenson, ‘Can the European Court’s Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia’, *Human Rights Law Review* 10:2, 2010.

²³⁴ A. S. Sweet & H. Keller, ‘Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems’, Faculty Scholarship Series. Paper 88, 2008, p. 680.

De reden van de tweede oproep lag in het feit dat het EHRM traditioneel zelf geen rol had in de tenuitvoerlegging van zijn uitspraken.²³⁶ In *pilot-judgements* kan het Hof echter naast compensatie voor het slachtoffer ook aanbevelingen doen aan een land en zelfs vragen om een termijn waarbinnen een rechtsstelsel wordt herzien.²³⁷ ‘When it does so, it acts managerially, proposing law of a general and prospective quality for a State whose existing arrangements are defective.’²³⁸

Ten tweede is er de zogenoemde *amicus curiae*-mogelijkheid onder het EVRM. De mogelijkheid tot tussenkomst door derden (*amici curiae*, letterlijk: vrienden van het hof) werd geïntroduceerd door het 11^e protocol van het EVRM, dat werd aangenomen in 1994 en in werking trad in 1998.²³⁹ Dit protocol werd aangenomen om de werkdruk van het Hof te verminderen. Het wijzigde op grote schaal de procedures en werkwijze van het EHRM, waardoor het onder andere mogelijk werd om sneller en met kleinere bezetting zaken af te doen.²⁴⁰ De reden om derden de mogelijkheid te geven om te interveniëren was enerzijds om van meer expertise en kennis gebruik te kunnen maken en anderzijds omdat duidelijk werd dat veel zaken die werden gestart door individuele belanghebbenden vaak ook een groter, maatschappelijk vraagstuk betroffen, zoals het homohuwelijk, de gelijkheid tussen man en vrouw en de bescherming van het milieu. Op deze terreinen werden individuen vaak al bijgestaan door belangenorganisaties en expertisecentra, maar dan informeel en achter de schermen.

In zekere zin was het opnemen in het EVRM van de mogelijkheid voor derden om een bijdrage te leveren aan een zaak een formalisering van een staande praktijk, die vanuit het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw was gegroeid.²⁴¹ Daarbij liet het Hof zulke derde bijdragen al sporadisch toe. Vervolgens werd deze mogelijkheid neergelegd in de Rules of Procedure of the European Court of Human Rights en pas daarna is het geformaliseerd door de aanneming van wat nu artikel 36 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is.²⁴² Zowel voor als na de formalisering van de mogelijkheid van derden-interventies zijn deze onder het EVRM, in vergelijking met andere nationale gerechtshoven, relatief kort gebleven.²⁴³

²³⁵ CM Resolution 12052004

²³⁶ Zie evenwel de verandering die door Protocol 14 aan artikel 46 is gebracht:

<https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P14_ETS194E_ENG.pdf>.

²³⁷ L.-A. Sicilianos, the involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its judgements: recent developments under article 46 ECHR, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32/3, 235–262, 2014.

²³⁸ A. S. Sweet & H. Keller, ‘The Reception of the ECHR in National Legal Orders’, *Faculty Scholarship Series, Paper 89*, 2008, p. 19.

²³⁹ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby.

²⁴⁰ Zie ook het explanatory report:

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e9>>.

²⁴¹ Als eerste: EHRM, *Young, James and Webster t. VK*, application nos. 7601/76 and 7806/77, 13 august 1981.

²⁴² L. Bastin, ‘The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration’, 1 *Cambridge J. Int'l & Comp. L.* 208, 2012, p. 211.

²⁴³ L. Crema, ‘Testing Amici Curiae in international law: Rules and Practice’, *Italian Yearbook of International Law*, 22, 1, 2013.

Artikel 36 geeft de president van het Hof de mogelijkheid om partijen uit te nodigen een schriftelijke reactie in te dienen. Alhoewel dergelijke interventies doorgaans inderdaad schriftelijk zijn, kunnen ze ook worden uitgesproken op zitting.²⁴⁴ Sinds de aanneming van dit artikel is de mogelijkheid van derde interventie regelmatig gebruikt. De *amici curiae* onder het EVRM ‘signifies probably the most active *amicus curiae* forum in international law.’²⁴⁵ Aanvankelijk waren het voornamelijk organisaties die opkwamen voor etnische minderheden, gehandicapten en seksuele minderheden. Steeds meer wordt dat uitgebreid. ‘The *amicus curiae* data reveal a growing diversity of groups—from rights organizations to professional associations— playing a direct role in the development of human rights law by providing research on human rights principles.’²⁴⁶ De laatste tijd worden ook steeds meer in zaken die draaien om data-gedreven toepassingen derden-interventies toegestaan. Met name een mensenrechtenorganisatie als Liberty²⁴⁷ is daar actief in.

Een empirische studie naar het gebruik van derden-interventies in het internationaal recht merkte ten aanzien van het gebruik onder het EVRM met name drie zaken op. ‘First, that the Court draws in the briefs necessary elements to affirm the existence of a European or international consensus. Second, it draws inspiration from legal solutions adopted in other systems and third, it relies on the briefs to underscore the different interests at play in a case. A recently conducted survey among 20 NGOs active before the European Court of Human Rights made apparent that the principal objectives pursued by the groups are to challenge national laws, practices and interpretations, to establish precedents, to inform and influence the Court and to extend the interpretation given to the Convention.’²⁴⁸

Ten derde en tot slot is er sinds kort ook de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen opgenomen in het EVRM.²⁴⁹ Artikel 1 van het 16^e protocol stelt:

Article 1

1 Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.

2 The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.

3 The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case.

Prejudiciële vragen gaan doorgaans over de interpretatie van een rechtsregel als zodanig of de

²⁴⁴ E. Levine, ‘Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation’, 29 Berkeley J. Int'l L. 200 (2011), p. 207.

²⁴⁵ Bastin, p. 212

²⁴⁶ R. A. Cichowski, ‘The European Court of Human Rights, Amicus Curiae, and Violence against Women’, Law & Society Review 50(4):890-919, 2016, p. 913.

²⁴⁷ <<https://www.libertyhumanrights.org.uk/who-we-are>>.

²⁴⁸ L. Van den Eynde, ‘An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the European Court of Human Rights’, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2013, Vol. 31/3, p. 275. Daarbij wordt ook verwezen naar: L. Hennebel, ‘Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l’homme’, 71 Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme 641, 2007.

²⁴⁹ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 2.X.2013.

conformiteit van nationale wetgeving met internationaal recht. Hierdoor kunnen individuele klagers aansturen op de beantwoording van bredere rechtsvragen, die hun eigen particuliere zaak overstijgen. Zij kunnen bijvoorbeeld testcases opzetten. De mogelijkheid van prejudiciële vragen wordt hieronder besproken onder het EU-recht, waar het een langere traditie kent, en zal daarom hier verder onbesproken blijven.

3.3 Europese Unie

De Europese Unie vormt een interessante jurisdictie vanuit twee oogpunten. Er kunnen procedures bij de Europese rechter aanhangig worden gemaakt waarbij het de vraag is in hoeverre vorderingen kunnen zien op immateriële schade en wie bevoegd is rechtszaken aanhangig te maken. Daarnaast is de Europese Unie zelf een belangrijke bron van recht, zoals wetgeving die collectieve procedures mogelijk maakt of wetgeving die ziet op rechten zoals het recht op gegevensbescherming. Deze paragraaf gaat in op zowel de problematiek rondom toegang tot het Hof van Justitie als secundaire EU-wetgeving die ziet op het scheppen van mogelijkheden tot collectieve procedures.

3.3.1 De vier procedures voor het Hof van Justitie EU

Het voornaamste gerecht van de Europese Unie is het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) (hierna: het Hof) dat ziet op de naleving en een correcte interpretatie van Europese wetgeving, zowel primair Europees recht zoals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie als secundair recht zoals de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Een groot verschil met nationale gerechten is dat hoewel ontvankelijkheid bij de nationale gerechten limiterende eisen kent in beginsel de meeste actoren vrij zijn een rechtszaak aanhangig te maken. Bij het Hof is dit beeld omgekeerd. Dat Unierecht relevant is in een zaak wil niet zeggen dat het mogelijk is een zaak bij het Hof aanhangig te maken. Het Hof kent vier verschillende procedures of rechtsgronden die mogelijkheden bieden een geschil aanhangig te maken; buiten deze procedures is het niet mogelijk een geschil aanhangig te maken.

De eerste procedure is de inbreukprocedure op grond van artikel 258 of 259 Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De inbreukprocedure wordt gestart door de Europese Commissie of een lidstaat tegen een vermeende inbreuk op het Europees recht door een andere lidstaat. In de praktijk wordt deze procedure zelden ingesteld door lidstaten – het aanspannen van een rechtszaak door een lidstaat tegen een andere lidstaat ligt politiek nogal gevoelig. De Commissie zou op basis van klachten van individuen of bedrijven met betrekking tot een schending van Unierecht een zaak aanhangig kunnen maken. Echter, met betrekking tot het reageren op klachten van individuen stelt de Commissie dat haar rol op grond van artikel 258 VWEU ziet op het in lijn brengen van EU-recht en niet het behartigen van belangen van individuen.²⁵⁰

De tweede procedure, het beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 263 VWEU, ziet op het nietig verklaren van Europese wetgeving die in strijd is met EU-verdragen of met grondrechten. De lidstaten, het Europees Parlement, de Raad en de Europese Commissie zijn onvoorwaardelijk ontvankelijk in een procedure ingesteld wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of uitvoeringsregelingen, of

²⁵⁰ P. Craig & G. De Búrca, 'EU Law: Text, Cases, and Materials', Oxford University Press, New York, 2015, p. 410.

wegens misbruik van bevoegdheid. Individuen of rechtspersonen kunnen eventueel ook een procedure tot nietigverklaring starten, maar hier gelden strikte ontvankelijkheidseisen. Hoewel artikel 263 VWEU alleen ziet op strijdigheid met Unierecht, kunnen de vereisten voor ontvankelijkheid in dit soort zaken ook een interessant perspectief bieden op ontvankelijkheidseisen bij Nederlandse rechtbanken voor zaken die zien op wetgeving, besluiten of andere handelingen van overheidsorganen. In het kader van de inbreukprocedure zijn er verschillende belanghebbenden denkbaar. Er kunnen zich vier scenario's voordoen.

- 1) De handeling is geadresseerd aan het individu in kwestie. Hier is het uitgangspunt dat het individu ontvankelijk is.
- 2) Bij de handeling is sprake van individuele toepassing. De handeling is echter niet geadresseerd aan de eiser, maar is geadresseerd aan een derde. In dat geval moet de eiser rechtstreeks en individueel geraakt worden in zijn belangen.
- 3) Het gaat om een handeling met een algemeen bereik, maar betreft geen regelgevende handeling. In dat geval moet de eiser ook rechtstreeks en individueel geraakt worden in zijn belangen.
- 4) Het gaat om een regelgevende handeling maar deze vereist geen nadere uitvoeringsmaatregelen. In dat geval moet de eiser voldoen aan de eis van een rechtsreeks belang.²⁵¹

Wanneer een handeling aan de eiser is geadresseerd is dit bijvoorbeeld te vergelijken met een besluit van een bestuursorgaan dat rechtstreeks geadresseerd is aan de belanghebbende. Het rechtsreeks en individueel belang van art. 263 paragraaf 4 VWEU voorkomt een *actio popularis* in het geval dat een handeling niet aan de eiser is geadresseerd. Er is voor deze limitering gekozen vanwege de verreikende gevolgen van het nietigverklaren; de nietigverklaring geldt namelijk *erga omnes* en retroactief.²⁵² De eisen van rechtstreeks en individueel belang zijn niet nader omschreven in artikel 263 VWEU, maar zijn in de loop der jaren uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof. Dat een eiser rechtsreeks door een handeling wordt getroffen vereist een direct causaal verband tussen de EU-handeling en de gewijzigde rechtspositie van de eiser.

In de *Plaumann-zaak* uit 1963 werd al invulling gegeven aan wat het betekent om individueel getroffen te zijn door een handeling. Het Hof overweegt daar ten aanzien van individuen die niet de adressant zijn van een handeling, dat deze “slechts [zouden] kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt, indien deze beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat”.²⁵³ Om individueel getroffen te zijn door een handeling zal een individu normaal gesproken moeten behoren tot een gesloten cirkel van belanghebbenden op het moment van de handeling. Dat het voor belangenorganisaties niet altijd eenvoudig is om te voldoen aan het criterium van ‘individueel getroffen’ blijkt wel uit de *Greenpeace-zaak* uit 1998.²⁵⁴ In deze zaak stelde Greenpeace een nietigheidsberoep in tegen een subsidie-structuurfonds van de EU voor de bouw van twee elektriciteitscentrales op de Canarische eilanden. Het Hof herhaalt hier dat hetzelfde criterium geldt voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen zoals belangenverenigingen. Volgens het Hof had Greenpeace niet een belang dat zich onderscheidt

²⁵¹ K. Lenaerts, I. Maselis & K. Gutman, ‘EU Procedural Law’, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 316.

²⁵² K. Lenaerts, I. Maselis & K. Gutman, p. 317.

²⁵³ Arrest van het Hof van 15 juli 1963. - (Plaumann & Co. tegen Commissie van de Europese Economische gemeenschap). - zaak no. 25/62.

²⁵⁴ Hof van Justitie EU, 2 april 1998, Zaak C-321/95 P, Greenpeace.

van bijvoorbeeld bewoners of toeristen van de Canarische eilanden. Voor een vereniging die haar procesbevoegdheid baseert op het individuele getroffen zijn van diegenen die zij vertegenwoordigt, geldt in gelijke mate dat zij individueel getroffen moet zijn en zich dus onderscheidt van anderen. In die zin had Greenpeace niet een voldoende individueel belang bij de financiering van de bouw van de elektriciteitscentrales; nu zij opkomt voor milieubelangen heeft zij meer belang bij het besluit tot de bouw zelf en slechts een indirect belang bij het besluit tot de financiering die de bouw mogelijk maakt.²⁵⁵

Dat de ontvankelijkheidseisen van artikel 263 VWEU voor verenigingen strikt zijn blijkt nogmaals uit het *UPA*-arrest. In deze zaak stelde een vereniging van boeren een vernietigingsberoep in tegen een verordening die de organisatie van de olijfoliemarkt regelt. Met betrekking tot het individueel belang van de vereniging bij de verordening stelde het Hof dat is “vastgesteld dat verzoekster niet [heeft] aangetoond, dat haar leden door de bestreden verordening worden geraakt uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of wegens een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert. Het volstaat hier eraan te herinneren, dat de omstandigheid dat de bestreden verordening, toen zij werd vastgesteld, de op dat moment op de olijfoliemarkt actieve leden van verzoekster heeft getroffen, eventueel met het gevolg dat sommigen van hen hun activiteit hebben moeten staken, die personen niet karakteriseert ten opzichte van iedere andere marktdeelnemer in de Gemeenschap”.²⁵⁶ Deze strikte benadering van het Hof heeft tot gevolg dat naar mate er meer benadeelden zijn bij een handeling de kans kleiner is dat zij een voldoende individueel belang hebben.

De derde procedure voor het Hof is het beroep wegens nalatigheid op grond van artikel 265 VWEU. Wanneer het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, de Commissie, of de Europese Centrale Bank nalaat een besluit te nemen en hiermee EU-recht schendt, kunnen lidstaten (of overige instellingen van de Unie) een rechtszaak aanhangig maken. Omdat individuen deze procedure niet kunnen starten blijft deze hier verder buiten beschouwing.

De vierde en meest prominente procedure is de prejudiciële procedure op basis van artikel 267 VWEU. Artikel 267 VWEU betreft slechts een indirecte procedure. Zoals in de schets van het Nederlands recht beschreven, is het binnen sommige rechtsgebieden nu ook mogelijk een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen, het voorbeeld volgend van de procedure bij het Hof. Het doel van de prejudiciële beslissing is nationale rechters te helpen in het geven van oordeel over Unierecht door deze te voorzien van een beslissing over de interpretatie van Unierecht dat van toepassing is op de concrete zaak. Daarmee geeft artikel 267 VWEU het Hof niet de bevoegdheid te adviseren in hypothetische kwesties of over algemene vragen.²⁵⁷ Het initiatief voor het stellen van de prejudiciële vraag ligt dan ook bij de nationale rechters, niet bij de procespartijen. Het lijkt zo te zijn dat het Hof deze procedure nogal eens als vangnet ziet, in het geval dat andere procedures voor individuen of rechtspersonen niet open staan. Zo stelde het Hof in de Greenpeace-zaak, waar Greenpeace niet-ontvankelijk was in haar vordering tot nietigverklaring, dat Greenpeace nog de mogelijkheid had om via de nationale rechter een prejudiciële vraag te stellen.²⁵⁸

²⁵⁵ Hof van Justitie EU, 2 april 1998, Zaak C-321/95 P, Greenpeace.

²⁵⁶ Hof van Justitie EU, 25 juli 2002, ECLI:EU:C:2002:462, Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union.

²⁵⁷ K. Lenaerts, I. Maselis & K. Gutman, ‘EU Procedural Law’, Oxford University Press, Oxford 2014, p. 88.

²⁵⁸ Hof van Justitie EU, 2 april 1998, Zaak C-321/95 P, Greenpeace.

In de UPA-zaak²⁵⁹ bleek nogmaals dat de ontvankelijkheidseisen strikt zijn en wees het Hof weer op de mogelijkheid van de prejudiciële procedure bij de nationale rechter. In zijn conclusie bij de UPA-zaak stelt Advocaat-Generaal Jacobs dat het Hof te restrictief is en de prejudiciële procedure hier geen oplossing biedt. Wanneer de maatregel daadwerkelijk een negatief effect heeft op het belang van de rechtzoekende is de enige oplossing om deze ontvankelijk te verklaren.²⁶⁰ De redenering van de AG is als volgt. De mogelijkheid voor een individu om aan te sturen op een prejudiciële vraag in het kader van een beslissing tegen maatregelen van algemene strekking levert geen volledige en daadwerkelijke rechtsbescherming op. De oplossing is de erkenning dat iemand individueel wordt geraakt door een maatregel van Unierecht wanneer de maatregel zijn belangen wezenlijk benadeelt of kan benadelen. Deze interpretatie is niet in strijd met de bewoording van artikel 267 VWEU. De tegenstrijdigheid in de rechtspraak dat naarmate het aantal getroffen personen groter is, ontvankelijkheid en daarmee een effectieve rechterlijke toetsing minder waarschijnlijk is, wordt dan opgeheven.

3.3.2 Procedures op basis van secundair EU-recht

Een van de rechten onder het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Handvest). Onder andere ter versterking van dit fundamentele recht bracht de Europese Commissie in 2013 een aanbeveling uit omtrent mechanismen voor collectieve vorderingen in het nationaal recht van de Lidstaten.²⁶¹ Het doel van de aanbeveling is tweeledig. Enerzijds heeft de aanbeveling als doel toegang tot de rechter te bevorderen, anderzijds biedt de aanbeveling waarborgen ter voorkoming van misbruik van collectieve mechanismen, zoals richtlijnen wie bevoegd zou moeten zijn een dergelijk geding aanhangig te maken.²⁶² De aanbeveling ziet op schendingen van rechten onder EU-recht zowel in het geval van schadevergoedingsacties als voorlopige voorzieningen. De aanbeveling gaat uit van een systeem in lidstaten waarbinnen collectieve acties mogelijk zijn binnen alle rechtsgebieden en gepaard gaan met waarborgen tegen misbruik van de procedures. Er moet een balans gezocht worden tussen toegang tot rechtsmiddelen en het voorkomen van misbruik van dergelijke procedures.²⁶³ Deze aanbeveling is uiteraard niet juridisch bindend; het betreft 'soft law'. Het is daarom aan de lidstaten om te beslissen of de aanbeveling wordt overgenomen en op welke wijze. Naar aanleiding van de aanbeveling zijn er in veel Europese landen in 2014-2015 meer mogelijkheden ingevoerd voor collectieve procedures, zoals uit de analyse van Europese landen hieronder zal blijken.

Sindsdien is er op Europees niveau de AVG aangenomen die in gegevensbeschermingsregels voorziet. Ook hierin wordt een opening geboden voor bovenindividuele klachtenprocedures.

²⁵⁹ Hof van Justitie EU, 25 juli 2002, ECLI:EU:C:2002:462, *Unión de Pequeños Agricultores v Council of the European Union*.

²⁶⁰ Conclusie van advocaat-generaal Jacobs, 21 maart 2002, ECLI:EU:C:2002:197, *Unión de Pequeños Agricultores tegen Raad van de Europese Unie*.

²⁶¹ Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU), L201/60.

²⁶² Zie artikel 1 van de Aanbeveling.

²⁶³ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), COM(2018) 40 final Brussels, 25.1.2018, p. 1.

In 2013 publiceerde de *European Union Agency for Fundamental Rights* een rapport²⁶⁴ in het kader van artikel 47 van het Handvest en gegevensbescherming waarin geconcludeerd werd dat (1) de EU ervoor moet zorgen dat er voldoende financiering bestaat voor niet-gouvernementele organisaties en onafhankelijke instanties die betrokkenen bijstaan in procedures en (2) de EU zou moeten overwegen de eisen omtrent ontvankelijkheid te versoepelen.²⁶⁵ Onder andere als gevolg daarvan is een van de nieuwe elementen die de AVG introduceert het recht op vertegenwoordiging onder artikel 80:

Artikel 80 Vertegenwoordiging van betrokkenen

1. De betrokkene heeft het recht een orgaan, organisatie of vereniging zonder winstoogmerk dat of die op geldige wijze volgens het recht van een lidstaat is opgericht, waarvan de statutaire doelstellingen het openbare belang dienen en dat of die actief is op het gebied van de bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene in verband met de bescherming van diens persoonsgegevens, opdracht te geven de klacht namens hem in te dienen, namens hem de in artikelen 77, 78 en 79 bedoelde rechten uit te oefenen en namens hem het in artikel 82 bedoelde recht op schadevergoeding uit te oefenen, indien het lidstatelijke recht daarin voorziet.

2. De lidstaten kunnen bepalen dat een orgaan, organisatie of vereniging als bedoeld in lid 1 van dit artikel, over het recht beschikt om onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene in die lidstaat klacht in te dienen bij de overeenkomstig artikel 77 bevoegde toezichthoudende autoriteit en de in de artikelen 78 en 79 bedoelde rechten uit te oefenen, indien het/zij van mening is dat de rechten van een betrokkene uit hoofde van deze verordening zijn geschonden ten gevolge van de verwerking.

Artikel 80 AVG kent twee verschillende manieren waarop vertegenwoordiging mogelijk is. Artikel 80 lid 1 AVG betreft een opt-in-procedure, betrokkenen moeten immers de opdracht verstrekken om namens hen bepaalde rechten uit te oefenen. Op grond van artikel 77, 78, of 79 kan de vertegenwoordiger namens betrokkenen een klacht indienen bij een toezichthoudende autoriteit, of een voorziening in rechte in stellen tegen een toezichthoudende autoriteit, verwerker, of verwerkingsverantwoordelijke. Op grond van artikel 82 AVG kunnen hiermee zowel verwerkers als verwerkingsverantwoordelijken aansprakelijk worden gesteld voor materiële of immateriële schade. Dit kunnen private actoren of overheidsactoren zijn (voor zover de overheidsactoren binnen de reikwijdte van de AVG vallen en niet onder de Politie Richtlijn).²⁶⁶ Artikel 80 lid 2 AVG betreft een opt-out-procedure, belangenorganisaties of andere relevante actoren kunnen dan namens betrokken een klacht indienen, zonder dat daarvoor een mandaat vereist is. Deze organisaties doen dat dan op eigen initiatief. In dat geval kan de vertegenwoordiger echter alleen de rechten uit

²⁶⁴ European Union Agency for Fundamental Rights, Access to data protection remedies in EU Member States, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

²⁶⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, Access to data protection remedies in EU Member States, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, p. 55.

²⁶⁶ F. Sorace, 'Collective Redress in the General Data protection Regulation: An opportunity to improve access to justice in the European Union?', Working Paper 7/2018, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123425/1/WP_2018_7.pdf>.

artikelen 77,78 en 79 uitoefenen, waardoor de vertegenwoordiger niet op eigen initiatief een procedure tot verhaal van schade kan instellen.

De AVG heeft als verordening directe werking maar laat op enkele punten ruimte aan lidstaten om zelf nadere regels te stellen. Deze ruimte wordt in Nederland ingevuld door de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: de Uitvoeringswet). Deze ruimte is bijvoorbeeld aanwezig met betrekking tot artikel 80 AVG. Artikel 80 stelt namelijk expliciet met betrekking tot het vorderen van schadevergoeding ‘indien het lidstatelijke recht daarin voorziet’. Daarnaast stelt lid 2 dat het aan lidstaten is om te bepalen of de bevoegdheid van lid 1 kan worden uitgeoefend zonder opdracht van betrokkenen. Het is dus aan de lidstaten om te beslissen of zij de mogelijkheid tot het opt-out systeem van vertegenwoordiging opnemen in hun wetgeving. Omdat niet-gouvernementele organisaties vergaande bevoegdheden krijgen, meer dan bijvoorbeeld het indienen van een klacht, was het een compromis om het dan aan de lidstaten over te laten of zij artikel 80 lid 2 AVG wel of niet overnemen. In de Uitvoeringswet is die ruimte als volgt ingevuld:

Artikel 37. Vertegenwoordiging van betrokkenen

Een verwerking kan niet ten grondslag worden gelegd aan een vordering als bedoeld in artikel 305a, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek of een beroep ingesteld in een bestuursrechtelijke procedure door een belanghebbende in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht, voor zover degene die door deze verwerking wordt getroffen, daartegen bezwaar heeft.

Er is dus niet voor gekozen een nieuwe rechtsgang te creëren ter vertegenwoordiging van betrokkenen met betrekking tot de rechten en plichten van de AVG. In plaats van een zelfstandige mogelijkheid te creëren om organisaties te laten procederen in naam of opdracht van betrokkenen wordt er in de Uitvoeringswet aangesloten bij de bestaande mogelijkheden onder Nederlands civiel- en bestuursrecht tot collectieve procedures. Artikel 37 van de Uitvoeringswet maakt duidelijk dat een verwerking inderdaad de grondslag kan vormen voor een procedure onder 3:305a BW of artikel 1:2 lid 3 Awb, zolang diegenen die door de verwerking worden getroffen daar geen bezwaar tegen hebben. Dit betreft een opt-out mogelijkheid.

Of er voor schadevergoeding kan worden geprocedeerd en of vertegenwoordigers zonder mandaat kunnen procederen, hangt dus samen met het bestaande procesrecht in de verschillende lidstaten en de vraag of lidstaten nieuwe mogelijkheden creëren op basis van de AVG. In Frankrijk is met de introductie van de AVG nu de mogelijkheid gecreëerd om in de bestaande groepsacties schadevergoeding te eisen. Verder werden de Franse groepsacties al in lijn met de eisen van artikel 80 AVG gezien, dit omdat de groepsacties onder het Franse recht in tegenstelling tot sommige jurisdicties, al verder reikte dan het consumentenrecht. Daarnaast zijn er verschillende vorderingen mogelijk, gekoppeld aan strenge toelatingseisen voor vertegenwoordigers of belangenverenigingen. Dit roept wel de vraag op hoe ver lidstaten mogen gaan in het bijvoorbeeld toch toelaten van acties tot schadevergoeding zonder

specifiek mandaat van de betrokkenen of het stellen van meer vergaande ontvankelijkheidsvereisten voor verenigingen vergeleken met de eisen van de AVG.²⁶⁷

In België biedt de implementatiewet van de AVG de mogelijkheid aan betrokkenen om een mandaat te geven aan een vertegenwoordiger om een klacht in te dienen of een gerechtelijke procedure te starten. Na een verbodsactie is het mogelijk te procederen voor schadevergoeding. Artikel 80 lid 2 AVG wordt niet geïmplementeerd in de Belgische wet. In Duitsland is met de komst van de AVG de mogelijkheid tot het instellen van een verbodsactie door bepaalde entiteiten uitgebreid van het consumentenrecht naar het gegevensbeschermingsrecht. De vraag is echter in hoeverre dit zich leent voor de bescherming van collectieve belangen, tot nu toe lijkt de mogelijkheid voor vertegenwoordiging zich te richten op consumentenbelangen. De Duitse bepaling lijkt strikter dan artikel 80 van de AVG, omdat de vertegenwoordiging alleen ziet op specifieke claims zoals claims betreffende de toelaatbaarheid van verzameling van gegevens en de wet nogmaals nadruk legt of het consumentenbeschermingskarakter door te spreken over de consument en de handelaar.²⁶⁸

Het is nog niet duidelijk hoe artikel 80 AVG uit zal werken in de praktijk en of het toe is gestaan dat de lidstaten strengere eisen stellen aan de ontvankelijkheid van vertegenwoordigers of de reikwijdte van artikel 80 beperken tot bepaalde elementen van het gegevensbeschermingsrecht.

3.4 België

In België is een brede variëteit aan bovenindividuele klachtenmogelijkheden, die deels overeenkomen met de mogelijkheden die er binnen het Nederlands recht bestaan en op andere punten bredere mogelijkheden geven. Hier zal kort worden stilgestaan bij de mogelijkheid tot constitutionele toetsing en vervolgens iets worden gezegd over drie specifieke deelreinen, namelijk rechtsgangen die beschikbaar zijn binnen het arbeidsrecht, het milieurecht en het anti-discriminatierecht.²⁶⁹

Om in België een rechtszaak te beginnen is vereist dat de klager een juridisch relevant belang heeft. Een *actio ad futurum* is in principe uitgesloten, omdat het moet gaan om een reeds verkregen en dadelijk belang. Toch is er een uitzondering voor rechtsvorderingen die zijn ingesteld om te voorkomen dat een recht ernstig wordt geschonden. Ten aanzien van het soort belang dat dient te worden ingeroepen bestaat geen concrete afbakening. Wel is vereist dat bij ideële belangen er een directe connectie is tot de persoon van de klager. 'Hoewel er in beginsel geen onderscheid wordt gemaakt naargelang van de aard van het ingeroepen belang (vermogensrechtelijk of ideëel) voor wat betreft de toelaatbaarheid van de vordering, moet de rechterlijke uitspraak voor de eiser toch enig concreet nut kunnen opleveren (zoals b.v. het verwerven van het hoederecht, zie uitspraken hoger geciteerd). Ze mag hem dus niet louter een theoretische voldoening schenken.'²⁷⁰

²⁶⁷ A. Pato, 'The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU', MPI-IAPL Summer School 3rd ed, 2019, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3303228>.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Een belangrijk startpunt voor dit overzicht kan worden gevonden in: K. Wagner, 'Collectieve acties in het Belgisch recht', P.&B. / R.D.J.P. 2001.

²⁷⁰ E. deKezel, 'Belangenbescherming in het Belgisch burgerlijk recht', <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/36916/080.pdf?sequence=1>>.

Art. 17. De rechtsvordering kan niet worden toegelaten, indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen.

*Art. 18. Het belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn. De rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.*²⁷¹

3.4.1 Constitutionele toetsing

Binnen België is het toetsen van wetten en wetsvoorstellen aan de grondwet mogelijk.²⁷² Deze taak is gelegd bij het Grondwettelijk Hof. Ook is er de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen. Het verschil tussen een prejudiciële vraag op dit punt en een beroep op vernietiging, is met name gelegen in het moment waarop de zaak wordt ingediend, maar is inhoudelijk gelijk. Een beroep tot vernietiging van een wet kan worden ingediend door:²⁷³

- de Ministerraad en de regeringen van de gemeenschappen en de gewesten
- de voorzitters van alle wetgevende vergaderingen, op verzoek van twee derden van hun leden
- de natuurlijke of rechtspersonen, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke en zowel van Belgische als van vreemde nationaliteit. Slechts bij deze categorie moet er spraken zijn van een belang van de klager, namelijk dat de klager persoonlijk, rechtstreeks en ongunstig wordt geraakt door de bestreden norm.

De termijn die geldt voor het starten van zo'n procedure met het oog op vernietiging is zes maanden na plaatsing van de norm in het Belgisch Staatsblad. 'Indien in een zaak voor een rechtscollege een vraagstuk rijst ten aanzien van overeenstemming van wetten, decreten en ordonnanties met de regels tot verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten of met de artikelen 8 tot 32, 143, § 1, 170, 172 of 191 van de Grondwet, dan moet dat rechtscollege hierover in beginsel een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stellen. Wanneer een rechtscollege een vraag stelt, wordt de procedure voor dat rechtscollege opgeschort in afwachting van het antwoord van het Hof.'²⁷⁴ Daarnaast is er ook nog de zodenoemde alarmprocedure, die hier verder onbesproken zal blijven.²⁷⁵

Het constitutionele hof heeft een beperkte bevoegdheid, die is toegespitst tot drie kernpunten.²⁷⁶ De eerste mogelijkheid tot grondwettelijke toetsing is reeds sinds het ontstaan van de Belgische grondwet opgenomen, de andere twee zijn later ingevoegd bij een bijzondere wet.²⁷⁷ Het constitutionele hof mag over gaan tot grondwetstoetsing als het gaat om:

²⁷¹ 10 oktober 1967. – Gerechtelijk Wetboek -

²⁷² T. Moonen, 'Het Grondwettelijk Hof en de interpretatie van de Grondwet Een perspectief op argumenten en legitimiteit', <<https://biblio.ugent.be/publication/8512065/file/8512066.pdf>>.

²⁷³ <https://www.senate.be/doc/const_nl.html>. Zie met name artikelen 10, 11, 24, 54, 134, 14, 142 en 143.

²⁷⁴ <https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/jurid/grondwettelijk_hof.pdf>.

²⁷⁵ K. Rimanque, 'De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen', Intersentia, 2004, p. 152.

²⁷⁶ <https://www.wodc.nl/binaries/ewb-1433-volledige-tekst_tcm28-75431.pdf>.

²⁷⁷ Bijzondere Wet van 6 Januari 1889 op het Grondwettelijk Hof.

- Het toetsen van regelgeving om onderlinge conflicten en tegenstrijdigheden te voorkomen
- Het toetsen van regelgeving aan de bepalingen in Grondwet en organieke wetten betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de federale, de gemeenschaps- en de gewestelijke organen.
- Het toetsen van regelgeving aan drie grondrechten, te weten het gelijkheidsbeginsel, het discriminatieverbod en de vrijheid van onderwijs.

Deze rechtsfiguur zal uitgebreider worden bediscussieerd voor wat betreft het Duitse recht.

3.4.2 Arbeidsrechtelijke zaken en medische aangelegenheden

Interessant is in België de speciale positie voor beroepsverenigingen. De Wet op de beroepsverenigingen van 1898 geeft hen de mogelijkheid om in rechte op te treden voor de belangen van hun leden en de beroepsgroep.²⁷⁸ De wet was toen vooruitstrevend in de zin dat het rechtspersoonlijkheid toekeende aan een organisatie zonder winstoogmerk. Toch wordt deze mogelijkheid niet veel gebruikt, omdat de meeste vakbonden liever geen rechtspersoonlijkheid bezitten.

Art. 2. (De beroepsvereniging is een vereniging uitsluitend gevormd voor de studie, de bescherming en de ontwikkeling van de beroepsbelangen van haar leden.)

De verenigingen mogen zelf noch beroep noch ambacht uitoefenen.

Worden haar echter toegelaten :

1° De overeenkomsten, en namelijk de aan- en verkopen nodig tot het in stand houden van haar leerwerkhuizen ;

2° De aankopen, tot wederverkoop aan haar leden, van grondstoffen, zaden, meststoffen, vee, machines en andere werktuigen, en, in het algemeen, van alle voorwerpen behorende tot de uitoefening van het beroep of het ambacht der leden ;

3° Het aankopen der voortbrengselen van het beroep of van het ambacht van haar leden, en de wederverkoop van die zelfde voorwerpen ;

4° Alle commissieverhandelingen, voor haar leden, betreffende de verrichtingen waarvan sprake in het 2° en het 3° lid van dit artikel ;

5° De aankopen van vee, machines en andere werktuigen, en, in het algemeen, van alle voorwerpen bestemd om de eigendom te blijven van de vereniging ten einde in gebruik te worden gegeven aan haar leden, bij verhuring of anders, met het oog op de uitoefening van hun beroep of van hun ambacht.

De verschillende verrichtingen waarvan sprake in nummers 1° tot 5°, mogen geen winst afwerpen ten voordele van de vereniging en worden in geen geval als handelsverrichtingen van harentwege beschouwd ; een bijzondere rekening wordt er voor gehouden, heel en al verschillend van die betreffende de andere verrichtingen van de vereniging.

Art. 10. De vereniging mag in rechte optreden, hetzij om te eisen, hetzij om te verweren, voor de verdediging van de persoonlijke rechten waarop haar leden aanspraak mogen maken als deelgenoten, onverminderd het recht

²⁷⁸ Wet op de beroepsverenigingen. 31 Maart 1898.

voor die leden om rechtstreeks op te treden, zich bij het geding aan te sluiten of tussen te komen in de loop van het rechtsgeding.

Dat is namelijk het geval voor de rechtsgedingen tot uitvoering van de overeenkomsten gesloten door de vereniging voor haar leden, en voor de rechtsgedingen tot vergoeding der schade veroorzaakt door het niet uitvoeren van die overeenkomsten.

Behoudens bijzondere bepalingen in de statuten, wordt, in al de rechtelijke verrichtingen, de vereniging vertegenwoordigd door haar bestuurders of zij onder hen die de algemene vergadering daartoe afgevaardigd heeft.

Alle akten of stukken van welke aard ook, uitgaande van een vereniging vermelden haar hoedanigheid als wettig erkende beroepsvereniging

De Wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen geeft ziekenfondsen en landsbonden de mogelijkheid om in rechte op te komen voor de belangen van hun leden, mits zij daarvoor toestemming hebben gekregen.²⁷⁹ Daarbij gaat het onder meer over zaken die zijn gerelateerd aan arbeidsongeschiktheid. Deze mogelijkheid is opgenomen in de wet omdat het vaak lastig is voor zieken om hun eigen belangen te verdedigen, zowel omdat zij zich reeds in een achtergestelde positie bevinden en omdat de ziektewetgeving vaak zeer complex is. Daarom wordt vertegenwoordiging door organisatie met expertise op dit punt toegestaan.

Art. 39. § 1. De ziekenfondsen en de landsbonden kunnen met de instemming van de betrokken leden of de personen te hunnen laste, in rechte optreden ter verdediging van de belangen van deze personen ten opzichte van derden in het kader van de diensten bedoeld in de artikelen 3, b) en c), en 7, §§ 2 en 4.

De ziekenfondsen en de landsbonden kunnen in rechte optreden ter verdediging van de individuele rechten van hun leden mits het uitdrukkelijk akkoord van het betrokken lid of van de personen te zijnen laste of van de collectieve rechten van hun leden en de personen te hunnen laste, welke voortvloeien uit (de overeenkomsten en akkoorden bedoeld in titel III, hoofdstuk V, van voornoemde gecoördineerde wet van 14 juli 1994), en uit artikel 52 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel.

§ 2. Het optreden van de ziekenfondsen en van de landsbonden doet geen afbreuk aan de rechten van de leden en de personen te hunnen laste om zelf de zaak aanhangig te maken of in het geding tussen te komen.

3.4.3 Discriminatiezaken

België kent een aantal mogelijkheden voor bovenindividuele klachtenprocedures in het anti-discriminatierecht. Een eerste aanknopingspunt is de Wet tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, oftewel de antiracismewet. Belangrijk is dat hier niet alleen mogelijkheden worden gegeven aan slachtoffers van direct or indirecte discriminatie en intimidatie, maar ook aan belangengroepering en officiële instanties zoals het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme en de Directie-

²⁷⁹ 6 Augustus 1990. Wet betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen.

Generaal Toezicht op de sociale wetten bij de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, het openbaar ministerie en het arbeidsauditoraat.²⁸⁰

De wet is primair gelinkt aan strafrechtelijke vraagstukken. Daarom wordt over het algemeen aangenomen dat de vertegenwoordiging van de belangen van gediscrimineerde door voorgenoemde organisaties beperkt is door de strafrechtelijke procedures. Toch stellen enkele dat deze vertegenwoordigingsmogelijkheid ook binnen het civielrecht plaats kan hebben.²⁸¹ Wel lijkt deze mogelijkheid een vrij beperkt belang te vertegenwoordigen: ‘immers, de meeste geschillen naar aanleiding van de Anti-racismewet worden voor de strafrechtbanken gevoerd, waarbij de strafrechter ook uitspraak kan doen over de burgerlijke belangen, zoals het opleggen van een herstelmaatregel.’²⁸²

Pas ver na de aanneming van de antiracismewet zijn in België de Wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen²⁸³ en de Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie aangenomen.²⁸⁴ Daarbij zijn *grosso modo* dezelfde mogelijkheden opgenomen als in de antiracismewet voor belangenverenigingen, het voorgenoemde centrum (respectievelijk het instituut voor gelijkheid van vrouwen en mannen), het openbaar ministerie en het arbeidsauditoraat.²⁸⁵

Over het algemeen worden deze mogelijkheden positief beschreven in de literatuur. Ook wordt er in de rechtspraktijk geregeld gebruik gemaakt van de vertegenwoordigingsmogelijkheid. Wel bestaat er een aantal praktische belemmeringen en bezwaren. Eén daarvan ligt in de bewijslastkwesties bij aan discriminatie gerelateerde zaken. Zo stelt Unia, een onafhankelijke openbare instelling die discriminatie bestrijdt en gelijke kansen bevordert, in een rapport: ‘Voor melders c.q. slachtoffers is het dikwijls een quasi onmogelijke opgave om een ervaring of vermoeden van discriminatie te bewijzen of te staven met elementen die de bewijslast kunnen doen verschuiven. [] Gemiddeld ziet Unia zich genoodzaakt om één op drie dossiers af te sluiten wegens onvoldoende elementen. Maar ook in de dossiers waarin er volgens Unia indicaties zijn van een inbreuk op de antidiscriminatiewetgeving (gemiddeld ca. 40%), is er zelden ‘hard’ bewijs en is het onzeker of de beschikbare elementen in rechte zouden volstaan.’²⁸⁶

Ook is er de zogenoemde Negationismewet.²⁸⁷ Dat geeft het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme en iedere vereniging die op het ogenblik van de feiten ten minste vijf jaar rechtspersoonlijkheid geniet, en die zich, op grond van haar statuten, tot doel stelt de morele belangen en de eer van het verzet of van de gedeporteerden te verdedigen, de mogelijkheid om in rechte op te treden in alle rechtsgeschillen waarop de wet betrekking heeft. De wet gaat over het ontkennen,

²⁸⁰ <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/nl/rechtbanken-hoven/personen/arbeidsauditeur>

²⁸¹ E. Boutmans, “De toepassingsmogelijkheden van de Racisme-wet”, *Panopticon* 1989, (27), 51.

²⁸² K. Wagner, ‘Collectieve acties in het Belgisch recht’, P.&B. / R.D.J.P. 2001.

²⁸³ 10 Mei 2007. - Wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen.

²⁸⁴ 10 Mei 2007 - Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30.V.2007) – gewijzigd bij wet dd. 30 december 2009 (BS 31.XII.2009) en bij wet van 17 augustus 2013 (BS 5.III.2014)

²⁸⁵ <https://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-

[plus/mercuriales/auditorats%20g%C3%A9n%C3%A9raux%20du%20travail/Antwerpen/AG%20Antwerpen_2015.pdf](https://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-plus/mercuriales/auditorats%20g%C3%A9n%C3%A9raux%20du%20travail/Antwerpen/AG%20Antwerpen_2015.pdf)>.

²⁸⁶ <<https://www.unia.be/files/Documenten/Evaluatie.pdf>>.

²⁸⁷ 23 Maart 1995. - Wet tot bestraffing van het ontkennen, [minimaliseren], rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.

minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaal-socialistische regime is gepleegd.

Tot slot is er nog de zogenoemde Genocidewet, of voluit de Wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht²⁸⁸ en de later aangenomen Wet betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.²⁸⁹ Deze wetgeving is met name interessant omdat het uitgaat van zogenoemde ‘universele jurisdictie’, wat wil zeggen dat iedereen mag klagen over misdrijven waarop deze wetten zien, ongeacht waar de slachtoffers of daders ingezetenen zijn of waar de misdaad plaats had. Zo zijn in het verleden buitenlanders veroordeeld voor deelname aan genocide in het buitenland; er is in zo’n geval dus geen enkele connectie met België vereist. Alhoewel er in de literatuur begrip is voor het feit dat sommige misdaden zo ernstig zijn dat ieder land er belang bij heeft ze te berechten leidt de universele jurisdictie ook tot tal van juridische en diplomatieke complicaties.²⁹⁰

3.4.4 Milieuzaken

België kent een aantal mogelijkheden voor bovenindividuele klachtenprocedures in het milieurecht. Als vroeg voorbeeld kan dienen De Wet van 12 augustus 1911 tot behoud van de schoonheid der landschappen. Deze wet bestaat slechts uit drie artikelen, maar voerde wel de mogelijkheid tot een *actio popularis* in binnen het Belgische recht. Een eis kon ‘ingelijks worden ingesteld door elken Belgischen burger’, namelijk als de ontginning van mijnen het landschap onevenredig beschadigde. Van deze rechtsvorm is evenwel weinig gebruik gemaakt in de Belgische rechtspraak.

Artikel 1. Elke ontginning van mijnen, graverijen of groeven, elke concessionaris van openbare werken is, in de mate van het mogelijke, gehouden aan den grond zijn uiterlijk terug te geven door de uithollingen, weggravingen of aanaarding, die moeten blijven, te bebossen of van gewas te voorzien.

De beplantingen moeten geschieden naarmate van de gedeeltelijke voltooiing der werken.

Art. 2. Onderwerpt hij zich niet aan het vorig artikel, dan kan hij daartoe in rechten gedwongen worden. De eisch wordt, op vordering van den procureur des Konings, gebracht vóór de rechtbank van eersten aanleg binnen welker gebied de verwoeste plaats is gelegen; hij kan insgelijks worden ingesteld door elken Belgischen burger.

Bij gebrek van uitvoering binnen den tijd, door de rechtbank te bepalen, worden de werken ambtshalve verricht op kosten van den ontginning of van den concessionaris, door de zorgen van het Ministerie van Landbouw en Openbare Werken.

Art. 3. Deze wet is van toepassing op den Staat, op de provinciën en op de gemeenten, alsmede op de private ondernemingen.

²⁸⁸ 16 Juni 1993. - Wet betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht

²⁸⁹ 5 Augustus 2003. - Wet betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.

²⁹⁰ K. Wagner, ‘Collectieve acties in het Belgisch recht’, P.&B. / R.D.J.P. 2001.

Belangrijker is om te vermelden dat het milieurecht als zodanig in België primair is gericht op individuele belangen en individuele rechten. Toch is daar wel versoepeling in gekomen. Een cruciaal arrest is daarbij het Eikendael-arrest,²⁹¹ waarin onder meer werd bepaald dat rechtspersonen alleen kunnen opkomen voor eigen belangen gerelateerd aan hun materiele of morele goederen, zoals eer en goede naam. Hier kwam de nodige discussie over los en de wetgever zag zich genoodzaakt een wet aan te nemen die ruimere mogelijkheden bood. In 1993 werd de wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu²⁹² aangenomen. Aangezien er vrees was voor allerhande futiele klachten is er een aantal voorwaarden opgenomen:²⁹³

1. Alleen verenigingen zonder winstoogmerk komen in aanmerking
2. Er moet aan formele criteria zijn voldaan, zoals publicatie van de statuten en de bekendmaking van de bestuurders van de vereniging
3. Alle of enkele van de doelstellingen moeten gerelateerd zijn aan de bescherming van het leefmilieu
4. Het grondgebied waar de vereniging actief is moet in de statuten zijn vervat
5. Er moet daadwerkelijke bedrijvigheid zijn geweest op het gebied van milieubescherming
6. Bij het instellen van een vordering moet de vereniging ten minste drie jaar rechtspersoonlijkheid bezitten.

3.5 Duitsland

Duitsland kent een lange historie van collectieve procedures, bijvoorbeeld met de meest generieke vorm, de klacht door belangengroeperingen en verenigingen, die al geïntroduceerd werd in 1896.²⁹⁴ Collectieve procedures in het Duitse privaatrecht zijn een voorbeeld geweest voor gelijke procedures in het Nederlands civielrecht. Echter, dit wil niet zeggen dat collectieve procedures onder het gehele Duitse civielrecht tot nu toe als succesvol worden gezien. Tot op heden zijn collectieve civiele acties in consumentenzaken beperkt tot gebods- en verbodsacties en vorderingen tot verklaring voor recht, waarbij acties alleen kunnen worden ingesteld door erkende consumentenorganisaties.²⁹⁵ Naast collectieve procedures in het civielrecht kent Duitsland een prominente constitutionele toetsing. Met betrekking tot rechten die zien op meer abstracte en immateriële belangen kent Duitsland een sterke focus op privacy-rechten en milieubeschermsrechten, wat terug te zien is in de schets hieronder. De maatregelen in Duitsland rondom de bescherming van persoonsgegevens zijn over het algemeen strikt.²⁹⁶

3.5.1 KapMuG en de nieuwe Musterfeststellungsklage

²⁹¹ Cass. 19 november 1982, Arr. Cass. 1982-83, 372

²⁹² 12 Januari 1993. - Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

²⁹³ K. Wagner, 'Collectieve acties in het Belgisch recht', P.&B. / R.D.J.P. 2001.

²⁹⁴ M. W. F. Bosters, 'Collective redress and private international law in the European Union (diss.)', Wolf Legal Publishers 2014, p. 37.

²⁹⁵ W. H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland,' WPNR 2017 afl. 7145, p. 291.

²⁹⁶ B. Custers et al., 'De bescherming van persoonsgegevens: Acht Europese landen vergeleken', Sdu Uitgevers: Den Haag, 2017.

De *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG) is ingevoerd per 1 november 2005 en volgt het voorbeeld van de Nederlandse WCAM.²⁹⁷ De KapMuG is de meest prominente collectieve procedure in Duitsland met 41 zaken²⁹⁸ sinds invoering tot aan het begin van 2017. De KapMuG biedt een ‘voorbeeldprocedure’²⁹⁹ die oorspronkelijk was ingevoerd vanwege de problematiek rondom de Deutsche Telekom-zaak waar circa 17.000 benadeelde beleggers een claim indienden. Vanwege deze tijdelijke aard zou de KapMuG eigenlijk tot 2010 van kracht zijn maar werd deze uiteindelijk verlengd tot 2020 bij gebrek aan een structurele oplossing voor massaschade.³⁰⁰ Toen de KapMuG dan toch voor langere tijd van kracht zou blijven voerde de wetgever op een aantal punten wijzigingen door. Zo krijgen gedupeerde investeerders de mogelijkheid hun claim te registreren en een modelbehandeling van hun klacht te ontvangen voor zij daadwerkelijk besluiten de claim in te dienen. Om deel te nemen aan de procedure geldt dus een opt-in-model. In de eerste preliminaire fase van het geding dienen benadeelden separaat een verzoek in te dienen bij het *Landesgericht* ter compensatie van onjuiste, misleidende of incomplete beursinformatie, waarbij deze eisers moeten aantonen dat een modelzaak van breder belang is dan het individuele belang van deze eiser in deze zaak. Wanneer zich minstens negen andere eisers hebben gemeld omtrent dezelfde zaak, wordt deze doorverwezen naar het *Oberlandesgericht*. In de hoofdfase kiest het *Oberlandesgericht* één individuele eiser die wordt aangewezen als de hoofdeiser in de voorbeeldprocedure; de zaken van de andere eisers worden tijdelijk geschorst. Het doel hiervan is om met de voorbeeldprocedure de gemeenschappelijke rechtsvragen efficiënt te beantwoorden, waarna vervolgens de individuele vorderingen in individuele vervolgprocedures worden afgewikkeld.³⁰¹ Er volgt een declaratoir vonnis in de voorbeeldprocedure, dat alleen ziet op de overkoepelende feitelijke en rechtstoestand. In de laatste fase van het geding worden de vorderingen weer individueel behandeld op basis van dat vonnis uit de voorbeeldprocedure.³⁰²

Tenzij men kiest voor opt-out is het vonnis ook bindend voor alle aanhangige zaken die tijdelijk geschorst waren. De als hoofdeiser aangewezen eiser kan schadevergoeding eisen. De andere eisers ontvangen alleen het declaratoir vonnis, op basis waarvan vervolgens weer individueel geprocedeerd kan worden bijvoorbeeld voor een schadevergoeding. Het nadeel van de KapMuG is dat het langdurige procedures oplevert. In de Deutsche Telekom-zaak uit 2005, die de aanleiding vormde voor de wet, kwam pas eind 2014 een uitspraak dat de prospectus misleidend was; er is nog steeds geen eindoordeel met betrekking tot schadevergoeding.³⁰³

Er is dan ook kritiek op het huidige beperkte en trage stelsel.³⁰⁴ Er is nog meer druk om verandering door te voeren met huidige problematiek rondom de Volkswagen-

²⁹⁷ Voor de analyse van de WCAM zie para 2.2.

²⁹⁸ The Growth of Collective Redress in the EU; a Survey of Developments in 10 Member States, maart 2017. Te raadplegen via <[https://www.instituteforlegalreform.com/research/the-growth-of-collective-redress-in-the-eu-a-survey-of-developments-in-10-member-states->](https://www.instituteforlegalreform.com/research/the-growth-of-collective-redress-in-the-eu-a-survey-of-developments-in-10-member-states-)

²⁹⁹ W. H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, WPNR 2017 afl. 7145, p. 292.

³⁰⁰ M. W. F. Bosters, ‘Collective redress and private international law in the European Union (diss.)’, Wolf Legal Publishers 2014, p. 39-40.

³⁰¹ W. H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, WPNR 2017 afl. 7145, p. 292.

³⁰² M. W. F. Bosters, ‘Collective redress and private international law in the European Union (diss.)’, Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-44.

³⁰³ W. H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, WPNR 2017 afl. 7145, p. 292.

³⁰⁴ A. Halfmeier, ‘Vorglühen zur Musterfeststellungsklage’, Verbraucher und Recht 2015, p. 441.

sjoemelsoftware waarvoor duizenden claims moeten worden afgehandeld. Daarom wordt de aandacht nu gericht op de *Musterfeststellungsklage*. De meeste claims tegen Volkswagen verlopen eind 2018, vandaar dat het doel nu is de *Musterfeststellungsklage* per 1 november 2018 in werking te laten treden. In december 2016 is een voorontwerp gepubliceerd dat een indicatie geeft van de werking. Op basis van deze procedure is het consumentenorganisaties die zijn aangewezen als bevoegde instantie, toegestaan om een voorbeeldprocedure te starten met als doel beantwoording van een centrale rechtsvraag. Als voorwaarde geldt dat er ten minste tien consumenten of bedrijven zijn die belang hebben bij het beantwoorden van de centrale rechtsvraag. De zaak wordt openbaar gemaakt in een register waar andere belanghebbenden ervoor kunnen kiezen zich ook aan te melden voor deze zaak. In principe geldt de opt-in met betrekking tot het vonnis, maar indien er een schikking wordt bereikt kan het nog mogelijk zijn voor een opt-out te kiezen. In dat opzicht verschilt de *Musterfeststellungsklage* van de KapMuG: het doel van de procedure hoeft niet louter een declaratoir vonnis te zijn maar kan ook eindigen met een schikking tot schadevergoeding die door de rechter goedgekeurd moet worden.

Zoals in paragraaf 2.2.3 van dit rapport genoemd werd met betrekking tot de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie, is een van de aangevoerde bezwaren dat deze onnodig de voorwaarden voor alle collectieve acties verzwaart, waaronder de algemeen belangacties, en niet alleen voor die strekkende tot schadevergoeding. Meer in het bijzonder betekent dit een aanzienlijke verzwarende van de ontvankelijkheidstoets van belangenorganisaties in algemeen belang-acties. Van Boom en Weber wijzen ook op de problematische eisen van ontvankelijkheid bijvoorbeeld in milieuzaken zoals de Urganda zaak, waar meer abstracte en toekomstige belangen op het spel staan.³⁰⁵ Gelijke belangen staan bij Big Data op het spel, zeker wanneer de gevolgen van Big Data toepassingen pas later compleet helder worden. Daarnaast stellen Van Boom en Weber voor niet-schadevergoedingsacties er ook een nauw omschreven groep te bepalen moet zijn wat niet logisch is in het geval van zaken die zien op meer abstracte belangen. Een voordeel van de *Musterfeststellungsklage* is dat benadeelden kunnen wachten met het aanhangig maken van een vordering. Indien het vonnis voor de eisers positief is, heeft dit voor hen een nuttige precedent werking, indien het negatief is voor eisers en zij strategisch hebben gewacht met het aanhangig maken van de vordering zijn zij niet gebonden. Onder de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is dit niet mogelijk, er moet in een vroeg stadium al worden gekozen voor een opt-out, wil men niet het risico lopen gebonden te zijn aan een negatieve uitkomst.

3.5.2 Constitutionele toetsing

Een rechtsvorm die niet ziet op een collectieve procedure maar wel een interessant voorbeeld biedt voor Nederlands recht is de constitutionele toetsing. Uiteraard zijn er de afgelopen jaren al meerdere discussies gevoerd in het parlement³⁰⁶ over een eventuele afschaffing van het toetsingsverbod. Toch is het goed stil te staan bij het toetsen van wetgeving aan grondrechten zoals privacy in het kader van de bigdata-problematiek. Het toetsingsverbod in Nederland is vastgelegd in artikel 120 van de Grondwet: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.” Hiermee wordt uitgesloten dat de rechter wetgeving in formele zin toetst aan de Grondwet; de rechter zou dan immers op de stoel van de wetgever kunnen gaan zitten. In het Harmonisatiewet-arrest waagde de rechter zich wel aan een inhoudelijk oordeel over een wet, maar paste hij deze wet wel toe. Zoals Boogaard en

³⁰⁵ W. H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, WPNR 2017 afl. 7145, p. 298.

³⁰⁶ Bijvoorbeeld Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nrs. 2- 3 (Voorstel van wet en Memorie van toelichting).

Uzman stellen: “De verboden toetsing beperkt zich dan tot het ‘entscheiden’ van het normconflict en verzet zich niet tegen ‘prüfen’ van de grondwettigheid van een wet”.³⁰⁷ De grenzen van het constitutioneel toetsingsverbod zijn in dat licht niet altijd duidelijk. Wel is duidelijk dat het incidentele achterwege laten van de toepassing van een wet geen toetsing betreft, maar dat het verboden is om een wet niet van toepassing te verklaren omdat de wet ongrondwettig zou zijn.

Onder het Duitse recht ligt dit beduidend anders. De toetsing van de Duitse grondwet, het *Grundgesetz*, vindt plaats bij het federale constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht*. Alleen het *Bundesverfassungsgericht* is bevoegd om federale wetgeving aan de grondwet te toetsen; de constitutionele hoven van de deelstaten hebben deze bevoegdheid niet.³⁰⁸ De toetsingsbevoegdheid wordt gezien als onderdeel van de rechterlijke functie maar is voorbehouden aan *Bundesverfassungsgericht* vanwege politieke redenen en ter voorkoming van een ineffectief rechtsstelsel dat zou kunnen ontstaan wanneer alle constitutionele hoven grondwettelijke toetsing zouden toepassen.³⁰⁹ Het oordeel dat uit de toetsing komt geldt *erga omnes*. Op basis van de grondwet zijn er vier soorten procedures waarin grondwettelijke toetsing plaats kan vinden. De eerste mogelijkheid is de *konkrete Normenkontrolle* op basis waarvan een rechter die van oordeel is dat de rechtmatigheid van een wettelijk voorschrift van belang is voor het doen van een uitspraak, deze rechtmatigheid kan voorleggen aan het *Bundesverfassungsgericht* in een prejudiciële vraag. Het constitutioneel hof is hierbij niet gebonden aan het concrete geding van de lagere rechter: het is niet beperkt tot de gronden genoemd in de prejudiciële vraag en is niet gebonden alleen een oordeel te geven over het deel van het wettelijk voorschrift dat centraal staat in het geding. Andere bepalingen van de onderhavige wet kunnen ook getoetst worden.³¹⁰

De tweede grond voor toetsing is de *Verfassungsbeschwerde*, die burgers de mogelijkheid biedt een geding aanhangig te maken bij het *Bundesverfassungsgericht* indien zij menen door het openbaar gezag in een van hun grondrechten te zijn geraakt en de betwiste handeling deze burger rechtstreeks in zijn belangen raakt. De rechtsgang is hiermee sterk gekoppeld aan het individueel belang, de burger in kwestie moet geschaad zijn in zijn eigen fundamentele rechten. Een extra voorwaarde hier is dat alle nationale rechtsmiddelen eerst uitgeput dienen te zijn. Er zijn twee mogelijke wegen. Met een *Normenkontroll-Verfassungsbeschwerde* kan een burger een rechtstreeks oordeel over de rechtmatigheid van een wettelijk voorschrift krijgen. Deze klacht is alleen ontvankelijk als de rechtmatigheid van dat voorschrift niet aan een andere rechter kan worden voorgelegd en de klacht is ingediend binnen één jaar na inwerkingtreding van het voorschrift. Bij de andere weg wordt een klacht ingediend tegen uitvoeringshandelingen van een voorschrift of tegen een rechterlijk oordeel waarin de onrechtmatigheid van een wettelijk voorschrift niet werd vastgesteld. Hier geldt de termijn van één jaar niet.³¹¹ In principe kan het *Bundesverfassungsgericht* de overheidsbeslissingen alleen toetsen aan specifieke rechten genoemd in artikel 93 van de *Grundgesetz*.³¹² Maar in de praktijk gebruikt het *Bundesverfassungsgericht* een ruime interpretatie van het recht op vrije

³⁰⁷ G. Boogaard & J. Uzman, ‘Commentaar op artikel 120 van de Grondwet’, in: E. M. H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), ‘Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet’, webeditie 2018 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

³⁰⁸ Artikelen 93 en 100, lid 1, Grundgesetz.

³⁰⁹ J. J. J. Sillen, ‘Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)’, Kluwer 2010, p. 20.

³¹⁰ § 78 Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

³¹¹ J. J. J. Sillen, ‘Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)’, Kluwer 2010, p. 23-24.

³¹² Artikel 93, eerste lid, aanhef en onder 4a, GG genoemde rechten.

persoonlijke ontwikkeling van artikel 2 lid 1 *Grundgesetz* om aan meer gronden te kunnen toetsen.³¹³

Onder de derde grond voor toetsing is niet eenieder bevoegd een vraag voor te leggen. In de *abstrakte Normenkontrolle* kunnen alleen de Bondsregering, de Landsregering of een derde van de leden van de Bondsdag een vraag aan het *Bundesverfassungsgericht* stellen. De vraag moet zien op de formele en materiële verenigbaarheid van bondsrecht of landsrecht met de grondwet.

De vierde mogelijkheid tot toetsing, de *kommunale Verfassungsbeschwerde*, staat alleen open voor gemeenten. Deze kunnen een klacht indienen indien zij in hun zelfbestuur zijn geraakt.

Wanneer het *Bundesverfassungsgericht* onrechtmatigheid constateert, kan het op twee manieren hieraan gevolgen verbinden voor het wettelijk voorschrift. Het wettelijk voorschrift zelf, of een deel daarvan, kan nietig verklaard worden. Dit is kwantitatieve nietigheid. Een andere mogelijkheid is kwalitatieve nietigheid, wat inhoudt dat toepassing van het voorschrift strijdig is met een hogere norm in bepaalde gevallen. Bijvoorbeeld wanneer het voorschrift onrechtmatig is jegens bepaalde personen of groepen, tijdens een bepaalde periode, of in het concrete geval.

Het Duitse voorbeeld van constitutionele toetsing laat zien dat er meer verschillen zijn tussen de Nederlandse en Duitse toetsing dan de mogelijkheid om aan het grondrecht te toetsen. Zo heeft de Duitse toetsing van wettelijke voorschriften een groter bereik. De Nederlandse rechtspraak kent formeel geen precedent werking en gelden toetsingsuitspraken normaliter tussen de twee partijen in het geding. In de Duitse rechtspraak hebben toetsingsuitspraken wetskracht en werken deze *erga omnes*.³¹⁴ Een wettelijk voorschrift kan onder Duits recht nietig verklaard worden, waar het in het Nederlandse stelsel slechts onverbindend wordt verklaard. De onverbindendverklaring is beperkt tot de procedure waarin zij is uitgesproken.³¹⁵ Al moet hier wel de kanttekening³¹⁶ bij geplaatst worden dat wanneer in het civiele recht in een collectieve actie de rechter een toepassingsverbod van een onrechtmatig wettelijk voorschrift toewijst de overheid gehouden is dat voorschrift niet meer toe te passen, ook niet in relatie tot actoren buiten het geding.³¹⁷ Daarnaast is het interessant dat onder Duits recht burgers een direct –na uitputting van rechtsmiddelen- oordeel van de hoogste rechter kunnen krijgen over de rechtmatigheid van wettelijke voorschriften en uitvoeringshandelingen.

3.5.3 Immateriële belangen: privacy-zaken en milieuzaken

De hierboven besproken rechtsfiguren zien specifiek op meerdere eisers of op de toetsing van wetgeving. Dan rest nog een bespreking van rechtsvormen die het mogelijk maken op te komen voor meer abstracte of algemene belangen. Er zijn twee prominente groepen belangen die in het oog springen: privacybelangen, die over het algemeen genomen niet materieel te

³¹³ J. J. J. Sillen, 'Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)', Kluwer 2010, 24.

³¹⁴ J. J. J. Sillen, 'Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)', Kluwer 2010, p. 243-244.

³¹⁵ R. J. B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2006-3.

³¹⁶ Daarnaast kent de Nederlandse jurisprudentie ook volplichtjurisprudentie als uitzondering.

³¹⁷ J. J. J. Sillen, 'Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)', Kluwer 2010, p. 244.

duiden zijn, en belangen die spelen rondom bescherming van het milieu, die vaak abstract of algemeen zijn.

Op het gebied van privacy maakt federale wetgeving van 2015³¹⁸ het mogelijk voor consumentenorganisaties en Kamers van Koophandel om een rechtszaak aan te spannen tegen bedrijven indien in strijd met de privacywetgeving wordt gehandeld. De wet bepaalt dat eenieder die zich niet houdt aan wetgeving ter bescherming van de rechten van consumenten onderworpen kan worden aan een gebod schendingen gestaakt te houden. Indien hier niet aan wordt voldaan kan een rechtszaak aanhangig worden gemaakt. Onder consumentenwetgeving verstaat de wet ook expliciet regels omtrent de toelaatbaarheid van de verzameling en verwerking van persoonsgegevens van consumenten.³¹⁹ Van deze mogelijkheid is bijvoorbeeld al gebruik gemaakt in een zaak tegen WhatsApp.³²⁰ Aangezien de wet ziet op consumentenrechten en implementatie van enkele rechten van de Europese E-Commerce Richtlijn kent artikel 3 van de wet aan consumentenorganisaties en Kamers van Koophandel het recht toe vorderingen in te stellen. Daarnaast kunnen concurrenten op grond van jurisprudentie elkaar direct op schendingen van privacyregels aanspreken, omdat een onderneming geen voorsprong op concurrenten mag krijgen door klanten onvoldoende te informeren over het gebruik van hun gegevens. Een dergelijke schending vond bijvoorbeeld plaats in een casus waar een producent van bloedsuikertests gratis testers had verstrekt zonder mede te delen wat er met de verzamelde data zou gebeuren.³²¹

In consumentenwetgeving heeft Nederland op basis van Europees recht de zogenoemde zwarte en grijze lijst opgenomen (6:236 jo. 6:237 BW), de zwarte lijst bevat bedingen die verboden zijn in algemene overeenkomsten met consumenten, de grijze lijst bedingen die vermoedelijk onredelijk bezwarend zijn. Het idee hierachter is onder andere om consumenten te beschermen tegen partijen die meer macht hebben en daarvan gebruik maken door consumenten rechten te ontzeggen of onredelijke verplichtingen op te leggen. Het gaat de eerlijke concurrentie tegen als sommige bedrijven van dit soort bedingen gebruik maken om een competitief voordeel te krijgen maar daarmee consumentenbescherming uithollen. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij privacy en gegevensbescherming: bedrijven kunnen deze rechten uithollen om een competitief voordeel te behalen. Schendingen kunnen gemonitord worden door de overheid (bijv. autoriteiten die boetes uitdelen), maar dat is veel werk. Als concurrenten elkaar kunnen aanspreken op privacy schendingen en zelfs een rechtszaak voeren (omdat zij hier een competitief belang bij hebben), is een striktere controle mogelijk. Het gaat hier dus niet om een collectieve actie waarin consumenten krachten bundelen, maar consumentenorganisaties die zelf het recht in handen nemen.

Sinds december 2006 is de *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*³²² van kracht. Deze wet reguleert 'milieu-beroepsprocedures' ter implementatie van de Richtlijn 2003/35/EG en het Verdrag van Aarhus. Met deze wet werd voor het eerst op grotere schaal een collectieve procedure in het Duitse bestuursrecht ingevoerd. Artikel 2 van de wet kent belangenverenigingen de bevoegdheid toe beroep in te stellen tegen een besluit genoemd onder artikel 1, zonder dat de vereniging hoeft te bewijzen dat er een inbreuk op haar – subjectieve – rechten is gemaakt. Het gaat hier om algemene belangen ter bescherming van het milieu. Dit beroep komt alleen

³¹⁸ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz - UKlaG)

³¹⁹ Art. 2 lid 2 onder 11.

³²⁰ <<https://www.marktwaechter.de/presse/meldung/marktwaechterexperten-mahnen-whatsapp-ab>>.

³²¹ <<https://www.debrauw.com/nl/nieuwsbericht/trends-streng-opvoeden-nu-ook-uitsluiting-van-bewijs-bij-schending-privacy/#>>.

³²² Bundesgesetzblatt 2006, nr 58.

toe aan verenigingen die zijn erkend onder artikel 3 van de wet. Zo moet de vereniging onder andere drie jaar bestaan, in de statuten de ideologie vertegenwoordigen op te komen voor de bescherming van het milieu, en daadwerkelijk die taak tot uitvoering brengen bijvoorbeeld door deel te nemen aan officiële besluitvormingsprocedures.³²³ Deze rechtsgang heeft al tot enkele rechtszaken geleid. Zo deed het *Bundesverwaltungsgericht* in Leipzig in februari 2018 nog uitspraak in twee zaken omtrent een diesilverbod. De *Länder* Noordrijn-Westfalen en Baden-Württemberg waren in eerste aanleg aangeklaagd door de niet-gouvernementele organisatie Deutsche Umwelthilfe omdat het plan voor schone lucht in zijn huidige vorm niet aan de standaarden voldeed. De rechtbanken in eerste aanleg stelden de eisers in het gelijk: de *Länder* moesten verdere maatregelen nemen in het plan voor schone lucht om de dieseluitstoot van voertuigen te beperken. Het *Bundesverwaltungsgericht* bevestigde dit oordeel.³²⁴ Naar aanleiding van deze zaak oordeelde de bestuursrechter in Wiesbaden in mei 2018 vervolgens dat Frankfurt am Main met het huidige plan voor schonere lucht ook niet voldoende maatregelen in acht nam om de luchtkwaliteit te verbeteren. Het *Land* Hessen werd door de rechtbank verplicht extra maatregelen te nemen met betrekking tot de luchtkwaliteit van Frankfurt am Main.³²⁵ De niet-gouvernementele organisatie voerde in dit geval dus een succesvolle procedure tegen de Duitse regionale overheid, die bovendien een breder bereik kreeg door de overname van het oordeel door de rechter in Wiesbaden.

3.6 Frankrijk

In Frankrijk is gekozen voor een sectorale aanpak van collectieve acties in plaats van een horizontale aanpak zoals Nederland die kent.³²⁶ Collectieve acties zijn niet in het algemeen gereguleerd maar zijn geïntroduceerd per sector. Daarnaast zijn er verschillende typen collectieve procedures mogelijk.

Er zijn procedures waarin belangenverenigingen ontvankelijk zijn in een rechtszaak gevoerd in naam van de personen wier belang zij behartigen. Dit is de *action des associations en défense des intérêts individuels de leurs membres*.

Daarnaast is er de mogelijkheid de krachten te verenigen in een procedure met een groot aantal eisers in de *action en représentation conjointe* of de *action de groupe*. Er zijn zes rechtsgebieden waarin *action de groupe* mogelijk is: het consumentenrecht, anti-discriminatierecht, milieurecht, gegevensbeschermingsrecht, mededingingsrecht en gezondheidsrecht.³²⁷

Tot slot zijn er procedures waarin private organisaties opkomen voor collectieve of groepsbelangen, *action en défense d'un intérêt collectif*. Naast de collectieve mechanismen zijn er ook mogelijkheden op het gebied van alternatieve geschillenbeslechting (ADR) en online geschillenbeslechting (ODR). Het is niet mogelijk om in deze analyse stil te staan bij alle typen collectieve acties die mogelijk zijn onder Frans recht, noch bij alle rechtsgebieden.

³²³ Art. 3 lid 1 UmwRG.

³²⁴ <<https://www.bverwg.de/pm/2018/9>>

³²⁵ <<https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/fahrverbot-f%C3%BCr-frankfurt-am-main>>.

³²⁶ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), COM(2018) 40 final Brussels, 25.1.2018, p. 3.

³²⁷ A. Biard & R. Amaro, 'Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience', RILE- BACT Working Paper Series No. 2016/5, p. 3.

Een selectie is gemaakt met de voorbeelden die voor het Nederlands recht het meest interessant of afwijkend zijn. Een overzicht van het totaalbeeld is in onderstaand figuur te vinden.³²⁸

Private Enforcement Tools (Collective Redress Mechanisms)					
<i>mechanism</i>	<i>scope</i>	<i>remedies</i>	<i>standing</i>	<i>opt in/ opt out</i>	<i>case management</i>
<i>the action de groupe</i>	consumers; competition; health; discrimination; environment; privacy and data protection.	monetary compensation and/or injunctive relief	accredited associations	opt in	general rules
<i>the action en représentation conjointe</i>	consumers; competition; investors; environment	monetary compensation	accredited associations	opt in	general rules
<i>the action of associations on behalf of their members</i>	horizontal	injunctive relief	associations (accredited or not)	opt in	general rules
Mass Redress Powers exercised by Private Organisations					
<i>the action en défense d'un intérêt collectif</i>	horizontal	monetary compensation and injunctive relief	associations (accredited or not)	n/a	general rules
ADR and settlement of mass claims					
<i>collective settlement</i>	horizontal and/or sectorial	monetary compensation	associations	opt in	n/a
Compensation schemes					
<i>ONIAM, FGAO, etc.</i>	horizontal and/or sectorial	monetary compensation	n/a	opt in	n/a

³²⁸ A. Biard & R. Amaro, 'Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience'.

3.6.1 Groepsacties

De invoer van collectieve verhaalmechanismen werd jarenlang tegengehouden en bekritiseerd in Frankrijk, met name uit angst een *class action*-systeem over te nemen. Echter, inmiddels kent het Franse recht vier hoofdtypen van collectief verhaal, zoals hierboven genoemd. Onder het Frans recht ligt de nadruk op het toekennen van bevoegdheden tot collectief verhaal aan een beperkt aantal erkende belangenverenigingen. Individuen en rechtspersonen kunnen zich niet ad hoc verenigen om een zaak aan te spannen. Daarnaast zijn er geen strikte ontvankelijkheidsvereisten wanneer deze verenigingen eenmaal gecertificeerd zijn, over het algemeen geldt de eis dat ze volgens de statuten moeten opkomen voor het recht dat in het geding is en ze minstens 5 jaar moeten bestaan. Collectieve acties worden niet toegekend aan individuen of groepen van individuen.³²⁹ De groepsactie werd voor het eerst geïntroduceerd in het Franse recht in 2014 in de sectoren consumentenrecht en mededingingsrecht.³³⁰ Daarbij werd slechts ontvankelijkheid toegekend voor claims in consumentenzaken aan vijftien door de overheid goedgekeurde entiteiten.³³¹ Deze benadering verschilt van die uit de afgelopen jaren; zo zijn onder de groepsactie in de gezondheidssector,³³² die pas in 2016 werd toegevoegd, meer dan 500 door de overheid goedgekeurde organisaties ontvankelijk in een collectieve vordering.³³³ Het aantal entiteiten bevoegd tot collectief verhaal werd in 2016 nog eens uitgebreid met de *Loi de la justice du XXI^e siècle (De Wet ter Modernisering van de Rechtspleging)*³³⁴ waarbij groepsacties werden gecreëerd op het gebied van non-discriminatie, gegevensbescherming en milieubescherming. Deze wet regelt niet uitputtend alle mogelijkheden tot groepsacties; andere mogelijkheden zijn opengelaten. De wet bevat regels voor alle huidige en toekomstige groepsacties, met uitzondering van groepsacties onder het consumentenrecht die hun eigen regeling blijven houden.³³⁵

Aangezien de meeste jurisdicties mogelijkheden kennen tot collectief verhaal voor consumenten, wordt deze sector hier niet nader besproken. In plaats daarvan zijn een aantal specifieke sectoren interessanter vanuit het oogpunt van Big Data-gebruik door de overheid.

3.6.1.1 Groepsacties in het gegevensbeschermingsrecht

Loi 2016-1547 (De Wet ter Modernisering van de Rechtspleging) introduceerde de groepsactie voor individuen die zich in vergelijkbare situaties bevinden en schade ondervinden die is ontstaan door een schending van wetgeving door verwerkers of verwerkingsverantwoordelijken. Het gaat hierbij om een aanpassing van de bestaande Franse gegevensbeschermingswet. In het geval van het gegevensbeschermingsrecht gold de beperking dat de enige vordering die aan de actie ten grondslag kon worden gelegd een vordering was tot het staken van onrechtmatige activiteiten. Met de introductie van de AVG is

³²⁹ A. Biard & R. Amaro, 'Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience'.

³³⁰ Loi nr. 2014-344 relative à la consommation, 17 maart 2014, <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/3/17/EFIX1307316L/jo/texte>>.

³³¹ The Growth of Collective Redress in the EU; a Survey of Developments in 10 Member States, maart 2017, p. 19, <<https://www.instituteforlegalreform.com/research/the-growth-of-collective-redress-in-the-eu-a-survey-of-developments-in-10-member-states->>>.

³³² Loi nr. 2016-41 de modernisation de notre système de santé, 26 januari 2016, <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo/texte>>.

³³³ C. Hodges & S. Voet, 'Delivering Collective Redress: New Technologies', Hart Publishing, 2018, p. 70.

³³⁴ Loi nr. 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, 18 november 2016, <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte>>.

³³⁵ The Growth of Collective Redress in the EU; a Survey of Developments in 10 Member States, maart 2017, p. 52, <<https://www.instituteforlegalreform.com/research/the-growth-of-collective-redress-in-the-eu-a-survey-of-developments-in-10-member-states->>>.

hierin verandering gekomen, de Franse gegevensbeschermingswet na aanpassing door de AVG bevat nu een artikel 25 op basis waarvan ook schadevergoeding geëist kan worden.³³⁶ De vordering kan aanhangig worden gemaakt bij de civiele of bestuursrechter door verenigingen die op basis van hun statuten opkomen voor privacy en gegevensbescherming en dit al minstens vijf jaar doen; ook gecertificeerde consumentenorganisaties die representatief zijn op nationaal niveau wanneer de verwerking de belangen van consumenten betreft, alsmede vakbonden wanneer de verwerking de belangen betreft van werknemers, kunnen vorderingen aanhangig maken.³³⁷

De procedure bestaat uit meerdere fasen:

1. Eerst volgt de ‘aansprakelijkheids-fase’ waarin de rechtbank de aansprakelijkheid van de gedaagde toetst aan de hand van individuele modelzaken aangebracht door de vereniging in kwestie. De rechtbank beschrijft de reikwijdte van de aansprakelijkheid, de schade die voor vergoeding in aanmerking komt en de beschikbare middelen. Daarna stelt de rechtbank de eisen vast waaraan benadeelden moeten voldoen om deel uit te maken van de groep, de voorwaarden voor het bekend maken van de zaak in de media, en de uiterste datum tot wanneer men zich kan melden om deel uit te maken van de groep – die altijd ligt tussen de twee en zes maanden na aankondiging van de zaak in de media;
2. Daarna volgt de ‘compensatiefase’ waarin eisers die voldoen aan de criteria zich kunnen aanmelden voor de groep door een opt-in-systeem;
3. Tot slot beëindigt de rechtbank de groepsprocedure en gaat daarbij nog in op onopgeloste probleempunten met betrekking tot de verdeling van de compensatie.

Het opmerkelijke aan het Franse opt-in-systeem onder de groepsactie is dat de opt-in pas plaatsvindt nadat de rechter een beslissing heeft gegeven omtrent de aansprakelijkheid van de gedaagde. Biard en Amaro stellen dat dit systeem voordelen en nadelen kent.³³⁸ Aan de ene kant hebben individuen een beter idee of hun claim succesvol is of niet; dit motiveert individuen om deel te nemen aan de procedure. Echter, dit systeem creëert ook onzekerheid voor de rechter en gedaagde. De rechter heeft ten tijde van het vaststellen van de aansprakelijkheid geen idee hoe groot de groep eisers zal zijn en kan alleen terugvallen op de modelzaak. Voor de gedaagde is het lang onzeker hoeveel de te verwachte schade bedraagt.

Naast het proces met meerdere fasen is er ook een versimpelde variant, de *groupe simplifiée*, voor standaardzaken waarin de benadeelden eenvoudig te bepalen zijn en de schade voor iedere benadeelde ongeveer gelijk is. Op basis hiervan kan de rechter de gedaagde bevelen om de benadeelden te compenseren binnen een bepaald tijdsbestek.

In de groepsacties staat het de rechter vrij te oordelen dat de gedaagde de verenigingen een voorschot moet betalen ter compensatie van de kosten in de tweede fase. In de laatste jaren hebben zich steeds meer particuliere initiatieven voor financiering van de procedures voorgedaan.

3.6.1.2 Groepsacties in het non-discriminatierecht

Loi 2016-1547 (De Wet ter Modernisering van de Rechtspleging) reguleert de mogelijkheid tot het instellen van een groepsactie ten behoeve van individuen die nadeel ondervinden van directe of indirecte discriminatie door dezelfde veroorzaker. De procedurele fasen zijn

³³⁶ Loi n. 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

³³⁷ A. Biard & R. Amaro, ‘Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience’, p. 10.

³³⁸ A. Biard & R. Amaro, ‘Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience’.

hetzelfde als hierboven beschreven onder de acties in het gegevensbeschermingsrecht. De groepsactie binnen dit domein kan worden ingesteld bij de bestuursrechter of civiele rechter door gecertificeerde verenigingen die hun statutaire activiteiten op het gebied van tegengaan van discriminatie minstens vijf jaar uitoefenen of door gecertificeerde verenigingen die minstens vijf jaar actief zijn geweest en zien op de bescherming van een belang waar inbreuk op wordt gemaakt door de discriminerende handelingen. In het geval van non-discriminatierecht kan de vordering van de eisers zowel zien op een beslissing van de rechter tot het staken van de onrechtmatige handelingen als op schadevergoeding wanneer de zaak zich daarvoor leent.

3.6.1.3 Groepsacties in het milieurecht

Loi 2016-1547 (De Wet ter Modernisering van de Rechtspleging) reguleert ook de mogelijkheid tot het instellen van een groepsactie ten aanzien van milieubelangen ten behoeve van individuen of rechtspersonen die zich bevinden in gelijke situaties en schade ondervinden zoals beschreven in artikel 142-2 van de Milieuwet –bijvoorbeeld schade gerelateerd aan de bescherming van water of landschappen of vervuiling. De schade moet echter wel het gevolg zijn van een schending van de wet of contractuele verplichtingen van de gedaagde. De procedurele fasen zijn hetzelfde als hierboven beschreven onder de acties in het gegevensbeschermingsrecht. De groepsactie in het kader van het milieurecht kan worden ingesteld bij de civiele rechter of bestuursrechter door gecertificeerde milieuverenigingen zowel ter vordering van staking van de onrechtmatige activiteiten of ter vordering van schadevergoeding.

3.6.2 Collectieve belangen

Naast de collectieve mechanismen om de belangen van meerdere individuen of rechtspersonen te beschermen, zijn er acties mogelijk die niet zien op individuele belangen maar op het collectief belang, de *action en défense d'un intérêt collectif*. Een collectief belang zit qua karakter ergens tussen het algemeen belang en een individueel belang in, het is een belang dat toebehoort aan een groep.³³⁹

Misschien wel het grootste contrast met Nederlands recht is dat er onder Frans recht ook collectieve acties mogelijk zijn in het strafrechtelijk domein. Het Franse strafprocesrecht verschilt fundamenteel van het Nederlandse strafprocesrecht. Waar Nederland het vervolgingsmonopolie heeft toegekend aan het Openbaar Ministerie, is er onder Frans recht zowel een *action publique* als een *action civile* mogelijk. Zoals de naam al doet vermoeden is de publieke actie vervolging door het Openbaar Ministerie en civiele actie vervolging door een private partij. Deze private partij betreft hoofdzakelijk het slachtoffer. Meestal voegt deze zich op grond van de civiele actie in de zaak van het Openbaar Ministerie om schadevergoeding te eisen.³⁴⁰ Hoewel er onder het Nederlands recht in artikel 51f Sv ook de mogelijkheid is voor benadeelden om zich in de strafzaak te voegen teneinde schadevergoeding te eisen, is deze mogelijkheid beperkter dan onder het Franse strafprocesrecht. Ten eerste hoeft het initiatief onder Frans recht niet van het Openbaar Ministerie uit te gaan. Ten tweede is de civiele actie in het Frans Wetboek van Strafvordering toegekend aan verschillende verenigingen. Op grond van artikel 2-1 tot en met 2-21 van de

³³⁹ P. Canin, 'Action civile collective et spécialité des personnes morales', *Revue de Science Criminelle*, 1995, p. 751 sec., nr. 18.

³⁴⁰ P. A. M. Verrest, 'Ter vergelijking: een studie naar het Franse vooronderzoek in strafzaken', WODC 2001, p. 36.

Code de procédure pénale heeft een scala aan verenigingen de bevoegdheid een actie aanhangig te maken in het collectief belang, wanneer het belang waar zij voor opkomen in het geding is. Het gaat dan bijvoorbeeld om racisme, seksueel geweld, misdrijven tegen de menselijkheid of dierenmishandeling. Onder de *action civile* hebben normaal alleen partijen die getroffen zijn door het delict de mogelijkheid vervolging in te stellen. Op grond van artikel 2-1 tot en met 2-21 van de Code de procédure pénale hoeven de verenigingen echter niet persoonlijk getroffen te zijn om vervolging in te stellen, zij zijn immers bevoegd op grond van hun taak tot bescherming van het collectief belang dat in het geding is.

Voorheen waren alleen gecertificeerde verenigingen toegestaan om een actie te starten onder het strafrecht in het collectief belang. In de Franse jurisprudentie is dit criterium echter steeds meer losgelaten. Acties door verenigingen die de overheids Certificering niet hebben worden ook in toenemende mate toegelaten acties te starten, wat in de Franse literatuur een punt van discussie is.

3.7 Verenigd Koninkrijk

Het Verenigd Koninkrijk staat als land in de *common law*-traditie en kent derhalve op tal van punten een andere rechtscultuur dan de continentale Europese landen. Vaak kent het Britse recht hybride vormen tussen rechtsfiguren uit de Verenigde Staten en Europa en worden regels van de Europese Unie aangevuld of samengevoegd met al bestaande *common law*-tradities. Dat levert meerdere voor dit rapport interessante rechtsfiguren op. Drie daarvan zullen hier kort worden besproken, namelijk de *group litigation order*, de positie van de ombudsman en de functie van de *special advocate*.

3.7.1 Group Litigation order

Zoals in de meeste landen is het ook in het Verenigd Koninkrijk mogelijk om gezamenlijke klachten in te dienen of om klachten te bundelen. In een lijvig rapport uit 1996, geschreven voor de Britse regering, werd gesteld dat de bestaande mogelijkheden voor groepsacties uitgebreid zouden moeten worden.³⁴¹ In 2000 werd in navolging daarvan de *group litigation order* opgenomen in de Civil Procedure Rules, evenals uitgebreide mogelijkheden voor representatie van personen in rechte.³⁴²

Met name de *Group Litigation Order (GLO)* is een interessante rechtsfiguur. Partijen kunnen verzoeken om een GLO en een rechtbank kan een dergelijk verzoek toewijzen. Deze rechtbank is dan vervolgens verantwoordelijk voor alle klachten die onder de GLO worden gebundeld. Er wordt een register bijgehouden van alle klachten die onder GLO vallen. Deze klachten moeten gerelateerd zijn aan dezelfde zaak en een enigszins gelijksoortige aard hebben. De GLO wordt beschreven als een ‘surrogate for a mature system of class actions. Group actions are different from class actions because each group litigant is a member of a procedural class as a party, rather than as a represented non-party.’³⁴³

Een GLO kan worden geweigerd als er onvoldoende aandacht is besteed aan andere mogelijkheden om een geschil op te lossen die doelmatiger zijn, zoals proefprocessen (*test*

³⁴¹ H. Woolf ‘Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, H.M. Stationery Office’, 1996.

³⁴² <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2000/221/schedule/2/made>>.

³⁴³ N. Andrews, ‘Multi-party proceedings in England: Representative and group actions’, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 249-268 2001.

cases) of consolidating van individuele acties; weigering is ook mogelijk als er geen “*group litigation issue*” wordt vastgesteld.³⁴⁴ De rechtsfiguur wordt regelmatig maar niet bovenmatig gebruikt. Er zijn tot nu toe 105 GLO’s geweest.³⁴⁵ In de GLO staat dan beschreven welke belangen en vraagstukken er vallen onder die specifieke GLO. Een voorbeeld kan zijn de GLO getiteld: ‘Construction Industry Vetting Information’, waarin de volgende issues worden behandeld.

(A) Alleged breach of confidence/misuse of private information

Did the Claimant have a reasonable expectation of privacy in the information held by the Services Group and/or Consulting Association or any part of it (“the Blacklisting Information”) in relation to: (a) its collection and retention and/or (b) its disclosure?

Was the information confidential?

Did the Defendant and/or any of the Third Parties owe a duty of confidence to the Claimant in respect of the information?

Did the Defendant and/or any of the Third Parties breach or threaten to breach that duty?

(B) Alleged breach of the Data Protection Act 1998 (“DPA”)

Who was or were the data controller(s) in respect of any personal data of the Claimants recorded in the filing system held by the Consulting Association within the meaning of section 1(1) of the DPA?

If the Defendants or any of them was/were data controllers of any such personal data, did any such data controller(s) fail to comply with the data protection principles in respect of such personal data contrary to section 4(4) of the DPA?

If any other person(s) (including Mr. Kerr) was/were data controllers of any such personal data: (a) Did any such controller(s) fail to comply with the data protection principles in respect of such personal data contrary to section 4(4) of the DPA; and (b) If so, are the Defendants or any of them vicariously liable, whether on their own account or as representative members of the Consulting Association, for any such breach?

In respect of any such breaches as may be established by the Claimants:

(a) What are the principles applicable to any claim for compensation by the Claimants pursuant to section 13 of the 1998 Act and what is the appropriate measure of damages?

(b) What are the principles applicable to Sir Robert McAlpine Ltd’s claim for an indemnity contribution from the Third Parties in respect of any damages that may be awarded to the Claimants?

(C) Alleged defamation

(D) Joint wrongdoing

³⁴⁴ C. Hodges, ‘The Civil Litigation System’, *Annals, AAPPS*, 622, March 2009

³⁴⁵ <<https://www.gov.uk/guidance/group-litigation-orders>>.

What are the principles applicable in deciding:
(a) whether the claims are statute-barred (albeit the specific facts will vary from case to case);
(b) whether the publications concerning blacklist entries were made on occasions of qualified privilege; and
(c) whether inclusion on the blacklist was in itself defamatory

(E) Alleged conspiracy

Were the Defendants or any of them party to an agreement or combination to injure the claimants by unlawful means in relation to the operation of the Services Group and/or the Consulting Association?

Did the Defendants or any of them have an intention to injure the Claimants by participation in any such conspiracy, in particular by denying employment to the Claimants?

Did the operation of the Services Group and/or the Consulting Association involve unlawful means by reason of breaches of the Claimants' employment rights or of the DPA or breach of confidence or misuse of private information?

Were the Defendants or any of them party to a common design to misuse confidential and/or private information, to defame and/or to act in breach of statutory duty under the DPA 1998 and, if so, did they perform acts on furtherance of any such common design?

(F) Other

In respect of any tort or civil wrong which may be established:

(a) What are the principles applicable to any claim for damages by the Claimants and what is the appropriate measure of damages?

(b) What are the principles applicable to the Sir Robert McAlpine Ltd's claim for an indemnity/contribution from the Third Parties in respect of any damages may be awarded to the Claimants?

De GLO wordt in de literatuur over het algemeen positief benaderd. Het wordt gezien als een welkome aanvulling op de andere klachtmogelijkheden en als een manier om gelijksoortige klachten te bundelen. Daarmee is de GLO (kosten)efficiënt en kan het worden gebruikt om een structureel probleem te adresseren. De efficiëntie zit in de proces-economie; omdat verschillende klachten over hetzelfde onderwerp worden gebundeld kunnen verschillende klachten van verschillende partijen in een keer worden afgedaan. Doordat partijen zelf expliciet moeten besluiten zich aan te sluiten bij een GLO, blijft de procesautonomie bij de belanghebbende zelf en wordt tegelijkertijd een rem gezet op het ontstaan van een claimcultuur, die vaak wordt gekoppeld aan de Amerikaanse rechtsfiguur van de *class action*. Ook heeft de GLO voordelen ten opzichte van normale juridische representatie. 'In some situations, it is better for there to be a measure of procedural discipline and for each claim to be carefully pleaded and registered as part of a group action. This allows the court to consider both common issues and individual divergences from that common ground within the same action.'³⁴⁶

³⁴⁶ N. Andrews, 'Multi-party proceedings in England: Representative and group actions', *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 249-268 2001.

Toch wordt er in de literatuur ook een aantal nadelen genoemd.³⁴⁷ Zo wordt als nadeel van de GLO ten opzichte van de vertegenwoordiging gezien dat ‘representative actions can promote better access to justice than group litigation because the latter requires positive steps to be taken by the alleged victim of a legal wrong.’³⁴⁸ Ook vinden sommige commentatoren de GLO een slap aftreksel van de Amerikaanse *class action*.³⁴⁹ De kritiek ten opzichte van andere acties ligt met name in het feit dat de GLO een opt-in-procedure is, dat wil zeggen dat belanghebbenden zich zelf moeten aanmelden om mee te doen. Hierdoor vertegenwoordigt een GLO soms maar een zeer klein percentage van de daadwerkelijke belanghebbenden, wat weer de vraag naar de representativiteit van de klacht en de juridische procedure doet opkomen.³⁵⁰ Daarom wordt soms geopperd om een opt-out-GLO te introduceren, wat zou betekenen dat de *group litigation order* (als dat al de juiste term is voor dergelijke procedures) meer op de Amerikaanse *class action* zou komen te lijken.³⁵¹ In sommige landen bestaan zulke modellen inderdaad.³⁵²

Interessant is dat dit gedeeltelijk op Europees niveau wordt geregeld, namelijk ten aanzien van collectieve acties in consumentenzaken. Aan de ene kant wilde de Europese Commissie daarbij de positie van consumenten beschermen, aan de andere kant wilde ze ook waken voor een al te ruime bevoegdheid. ‘For the Commission, any measures for judicial redress (...) must not attract abusive litigation or have effects detrimental to respondents regardless of the results of the proceedings. Examples of such adverse effects can be seen in particular in ‘class actions’ as known in the United States. The European approach to collective redress must thus give proper thought to preventing these negative effects and devising adequate safeguards against them.’³⁵³

³⁴⁷ Gibbons, *Group Litigation, Class Actions and Lord Woolf’s Three Objectives – A Critical Analysis*, CJK Vol. 27, 2008. See also: In, D. Dwyer, ‘The Civil Procedure Rules Ten Years On’, Oxford University Press, Oxford, 2012, <[http://www.oxfordscholarship.com/oxford/downloadaddoclightbox/\\$002f10.1093\\$002facprof:oso\\$002f9780199576883.001.0001\\$002facprof-9780199576883-chapter-7/Group%20Litigation\\$002c%20Class%20Actions\\$002c%20and%20Collective%20Redress:%20An%20Anniversary%20Reappraisal%20of%20Lord%20Woolf\\$2019s%20Three%20Objectives;jsessionid=64C77076A84390BBD4C5015E0A30F9F9?nojs=true](http://www.oxfordscholarship.com/oxford/downloadaddoclightbox/$002f10.1093$002facprof:oso$002f9780199576883.001.0001$002facprof-9780199576883-chapter-7/Group%20Litigation$002c%20Class%20Actions$002c%20and%20Collective%20Redress:%20An%20Anniversary%20Reappraisal%20of%20Lord%20Woolf$2019s%20Three%20Objectives;jsessionid=64C77076A84390BBD4C5015E0A30F9F9?nojs=true)>.

³⁴⁸ N. Andrews, ‘Multi-party proceedings in England: Representative and group actions’, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 249-268 2001.

³⁴⁹ E. F. Sherman, ‘Group Litigation under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Actions’, 52 *DePaul L. Rev.* 401, 2002. Zie ook: R. P. Mulheron, ‘Some Difficulties with Group Litigation Orders and Why a Class Action is Superior’, *Civil Justice Quarterly*, 2005 40, 62–65.

³⁵⁰ ‘Improving Access to Justice through Collective Actions’, *Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions FINAL REPORT A Series of Recommendations to the Lord Chancellor November 2008*. <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/CJC+papers/CJC+Improving+Access+to+Justice+through+Collective+Actions.pdf>>.

³⁵¹ G. Pendell, ‘Another Step Towards Class Actions in England and Wales?’, *Mondaq Bus Briefing*, Sept. 5, 2008, available at 2008 WLNR 16838114. M. A. Behrens, G. L. Fowler & S. Kim, ‘Global Litigation Trends’, *Michigan State Journal of International Law* 2008-2009, vol. 17, 183.

³⁵² R. Mulheron, ‘The Case for an Opt-Out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis’, 15 *Colum. J. Eur. L.* 409, 2009.

³⁵³ Communication from the Commission ‘Towards a European Horizontal Framework for collective Redress’, COM(2013) 401/2, 11.6.2013 (“Communication”). Zie ook: Communication from the Commission. Consumer solutions in the Single Market, COM(2011) 791/2. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), COM(2011) 793/2. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR), COM(2011) 794/2. Zie voor een bespreking: C. Hodges, ‘Current discussions on consumer redress: collective redress and ADR’, *ERA Forum* (2012) 13:11–33.

In navolging van deze ontwikkeling op EU-niveau is in het Verenigd Koninkrijk³⁵⁴ de opt-out-mogelijkheid vervat in de Consumer Rights Act 2015 geïntroduceerd.³⁵⁵ Alhoewel het opt-out-model redelijk goed lijkt te werken, lijken landen als het VK toch huiverig om dit systeem en de mogelijkheden die het biedt verder uit te bereiden en toe te passen in domeinen buiten het consumentenrecht. De reden daarvoor wordt onder meer gezocht in overjuridificatie en de mogelijke afschrikwekkende werking voor het vestigingsklimaat van internationale bedrijven.³⁵⁶ In 2018 vond uiteindelijk de eerste opt-out collective redress action plaats, nadat het UK's Competition Appeal Tribunal twee eerdere pogingen tot zulk soort acties had geblokkeerd.³⁵⁷

3.7.2 Ombudsman

De term ombudsman komt uit het Zweeds en betekent zoets als volksvertegenwoordiger. Het is een persoon die gemachtigd is om namens het volk te spreken.³⁵⁸ Langzamerhand is de ombudsman zich steeds meer gaan richten op de bescherming en vertegenwoordiging van specifieke burgers of groepen.³⁵⁹ Er wordt wel een onderscheid tussen vier generaties (en soorten) ombudsman gemaakt. De eerste generatie zou het oorspronkelijke Zweedse model zijn; hierbij toetst de Ombudsman of de overheid zich aan de wet- en regelgeving houdt. Hij toetst dus met name op legaliteit. De tweede generatie zou het Deense model zijn, waarin de ombudsman een bredere rol krijgt toebedeeld. Hierbij gaat het niet slechts om de legaliteit van overheidshandelen, maar om behoorlijk bestuur. De ombudsman kijkt hoe beleid in de praktijk uitpakt en onderzoekt de consequenties op basis van hun wenselijkheid. De derde generatie ontstaat met name in Zuid- en Oost-Europa na de val van de totalitaire regimes. In deze derde vorm is de ombudsman de woordvoerder en advocaat van de bevolking, met name op het gebied van mensenrechten. Tot slot is een vierde generatie ontstaan in Afrika, waar de ombudsman met name vecht tegen corruptie en machtsmisbruik. Uiteraard bestaan er ook diverse hybride modellen.³⁶⁰

Veel landen kennen een ombudsman. In Nederland zijn de bekendste functies de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman, maar ook zijn er diverse andere ombudsmannen in publieke en private organisaties. In het Verenigd Koninkrijk is de functie van de ombudsman alomtegenwoordig. Er zijn weinig landen met zoveel ombudsmannen, waarbij de ombudsman soms ook de naam Commissioner heeft.³⁶¹ Zo zijn er alleen al zo'n vijftig ombudsmannen aangesloten bij de officiële vereniging, The Ombudsman Association,³⁶² waaronder de:

- Housing Ombudsman Service
- Independent Football Ombudsman
- Local Government and Social Care Ombudsman
- Waterways Ombudsman
- Property Ombudsman

³⁵⁴ Insurance focus Our analysis of key legal developments in the insurance industry over recent months.

³⁵⁵ <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>>.

³⁵⁶ C. Hodges, 'Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb?', *J Consum Policy*, 2014, 37:67–89.

³⁵⁷ C. Owen, 'Disputes 2018: UK's first "opt-out" class action', <<http://www.elexica.com/en/legal-topics/dispute-resolution-commercial/080118-disputes-uks-first-opt-out-class-action>>.

³⁵⁸ J. Mitchell & D. Doane, 'An Ombudsman for Humanitarian Assistance?', *Disasters*, 23(2), 1999.

³⁵⁹ A. Abraham, 'The Future in International Perspective: The Ombudsman as Agent of Rights, Justice and Democracy', *Parliamentary Affairs* Vol. 61 No. 4, 2008.

³⁶⁰ M. Remac, 'Standards of Ombudsman Assessment: A New Normative Concept', *9 Utrecht L. Rev.* 62, 2013.

³⁶¹ Zie ook: G. Oonagh, 'The Ombudsman- the developing role in the UK', *SN/PC/04832*.

³⁶² <<http://www.ombudsmanassociation.org/association-members-by-country.php?area=1>>.

- Financial Ombudsman Service
- Furniture Ombudsman
- Parliamentary and Health Service Ombudsman
- Motor Ombudsman
- The Pensions Ombudsman

Voor de materie van dit rapport is wellicht het meest van belang de Information Commissioner. Deze heeft verschillende taken en opereert op diverse terreinen. Zo is het mogelijk om een klacht in te dienen of een data-lek te melden, maar ook doet de Commissioner actief aan bewustwording en educatie, onder meer door uitleg te geven over waarom het belangrijk is om je data als consument goed te beschermen en welke rechten je hebt onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Daarnaast biedt hij leidraden voor organisaties die gegevens verwerken en geeft hij meer duiding over hoe dit te doen. Ook doet hij onderzoek, doet hij uitspraken ten aanzien van klachten en kan hij sancties en boetes opleggen.³⁶³

In het Verenigd Koninkrijk treedt de ombudsman ook vaak op als een quasi-rechtbank. Zo schrijft de Parliamentary Ombudsman dat zij belast is met “performing functions similar to those of the courts and tribunals: my role is reactive, triggered by a complaint or ‘claim’ from an aggrieved citizen; my task is to adjudicate upon the issues arising, making judgments that are informed by evidence and principle; and my function is to secure appropriate and just remedy.” In tegenstelling tot formele rechtbankprocedures zijn de uitspraken echter niet-bindend.³⁶⁴

Over het algemeen wordt de rol van de Ombudsman als positief beschreven in de literatuur. Naast het oordelen over specifieke klachten kan de Ombudsman meestal ook op eigen initiatief een onderzoek beginnen en daarover een oordeel vellen. Daarnaast hebben veel Ombudsmannen, zeker ook in het Verenigd Koninkrijk, een belangrijke educatieve rol.³⁶⁵ In sommige landen kan de Ombudsman klachten indienen bij het constitutionele hof, strafzaken beginnen of als *amicus curiae* optreden.³⁶⁶ De verschillende rollen zijn wel eens onderverdeeld als “getting it right”, “putting it right”, and “setting it right”.³⁶⁷

Toch zijn er ook kritische punten te noemen. De rol van de ombudsman lijkt haast te zijn geëvolueerd van het bereiken van een betere balans tussen een machtige overheid en een onmondige burger naar het in dienst staan van een toch al mondige consument om nog effectiever “kwaliteitsdiensten” van publieke en private “dienstverleners” af te dwingen.³⁶⁸ Meer in het algemeen wordt de sterkte van de ombudsman ook als zwakte gezien, namelijk dat deze verschillende rollen kan aannemen. De ombudsman is een manasje van alles, zonder duidelijk eigen profiel.³⁶⁹ Ook wordt gewezen op de kosten van een ombudsman en stellen

³⁶³ <<https://ico.org.uk>>.

³⁶⁴ A. Abraham, ‘The Ombudsman as Part of the UK Constitution: A Contested Role?’, *Parliamentary Affairs* Vol. 61 No. 1, 2008, 206–215.

³⁶⁵ Zie ook: M. Elliott, ‘Asymmetric Devolution and Ombudsman Reform in England’, <<https://ssrn.com/abstract=219936>>.

³⁶⁶ A. Abraham, ‘The Future in International Perspective: The Ombudsman as Agent of Rights, Justice and Democracy’, *Parliamentary Affairs* Vol. 61 No. 4, 2008, 681–693.

³⁶⁷ T. Buck, R. Kirkham & B. Thompson, ‘The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice’, Ashgate, 2011.

³⁶⁸ N. O’Brien, ‘What Future for the Ombudsman?’, *The Political Quarterly*, Vol. 86, No. 1, 2015.

³⁶⁹ S. Gilad, ‘Exchange without capture: the UK financial ombudsman service’s struggle for accepted domain’, *Public Administration* Vol. 86, No. 4, 2008 (907–924).

commentatoren dat de ombudsman in de private sector marktversturend kan werken, wat kan leiden tot hogere productprijzen.³⁷⁰ Deze kritiek heeft deels ook te maken met de specifiek Britse invulling van het rechtsfiguur de Ombudsman.

3.7.3 *Special Advocate*

Een bijzondere rechtsfiguur is die van de *special advocate*. Deze *special advocate* is vooral in Angelsaksische landen een veelgebruikte rechtsfiguur, onder meer in het Verenigd Koninkrijk, Nieuw Zeeland en Canada. In het Verenigd Koninkrijk wordt de *special advocate* ingezet in een aantal rechtsgebieden, zoals immigratiezaken, arbeidsrechtelijke vraagstukken en de berechting van verdachten van terreurdaden. Met name de laatste toepassing is voor dit onderzoek van belang. De *special advocate* is een advocaat die een persoon verdedigt of vertegenwoordigt in rechte, maar niet is aangesteld door die persoon noch directe instructie van diegene ontvangt.

De *special advocate* is bevoegd om het bewijs in te zien dat een verdachte, vaak vanwege staatsveiligheid, niet mag inzien, en kan dan namens de verdachte spreken en handelen. Het zijn gespecialiseerde advocaten die een veiligheidsonderzoek hebben ondergaan en worden benoemd door de *Attorney General*.³⁷¹

Interessant is dat de *special advocate* in het Verenigd Koninkrijk is geïntroduceerd omdat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in 1996 in de Chahal-zaak had geoordeeld dat de deportatie van vreemdelingen vanwege veiligheidsrisico's door het VK in strijd was met artikel 5 lid 4 EVRM, dat toegang tot de rechter vereist in gevallen van vrijheidsbeneming. Het EHRM erkende in zijn uitspraak dat 'the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved. The Court attaches significance to the fact that, as the intervenors pointed out in connection with Article 13, in Canada a more effective form of judicial control has been developed in cases of this type. This example illustrates that there are techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice.'³⁷² Het Hof wees daarbij dus specifiek op de rechtsfiguur van de *special advocate* die in Canada werd gebruikt.³⁷³

Vervolgens is in 1997 de *special advocate* ingevoerd in het Verenigd Koninkrijk voor immigratiezaken en deportatie vanwege veiligheidsredenen. In 2001 werd de rechtsfiguur ook ingevoerd voor migranten die werden verdacht van terrorisme.³⁷⁴ De procedure kwam op kritiek te staan en in 2004 zette het House of Lords er een streep door.³⁷⁵ In 2005 werd de

³⁷⁰ P. K. Gorkecki, 'A Code of Practice for Grocery Goods Undertakings and an Ombudsman: How to Do a Lot of Harm by Trying to Do a Little Good', *The Economic and Social Review*, Vol. 40, No. 4, Winter, 2009.

³⁷¹ Over het functioneren van de *special advocate*, zie bijvoorbeeld A. Boon & S. Nash, 'Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems', *Legal Ethics*, Volume 9, No. 1, 2006.

³⁷² EHRM, Chahal t. VK, application no. 22414/93, 15 november 1996.

³⁷³ Zie ook: D. Jenkins, 'There and back again: the strange journey of special advocates and comparative law methodology', *Columbia Human Rights Law Review*, 42:279, 2011.

³⁷⁴ The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 included provision for the detention of foreign nationals certified by the Home Secretary as suspected of involvement in terrorism. Under Part 4 of the 2001 Act appeals against certification were heard by SIAC.

³⁷⁵ *A-1 and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56. These provisions were eventually repealed by s. 16(2) of the Prevention of Terrorism Act 2005.

wetgeving op dit punt herzien, maar de rechtsfiguur bleef.³⁷⁶ Sterker nog, ze wordt in steeds meer rechtsgebieden toegepast.³⁷⁷ 'Although the special advocate system was initially seen as an exceptional procedure to be used exceptionally, it is now used in contexts beyond the scope of terrorism. Special advocates can appear before the Life Sentences Review Commission, an employment tribunal, the Proscribed Organisations Appeal Commission, the Pathogens Access Appeal Commission, and in planning inquiries involving a national security element. Further, despite the Attorney General's reluctance to extend the special advocacy role beyond its statutory basis in relation to breaches of control orders, other courts and tribunals have used their inherent jurisdiction to incorporate the role. The special advocate procedure has been considered appropriate for use in the appellate courts, in preliminary hearings in the criminal courts, and at Parole Board hearings even though currently there is no specific statutory provision for their appointment, and no rules of procedure delineating their role.'³⁷⁸

Interessant is dat in 2009, de rol van de *special advocate* nog een keer door het EHRM werd besproken. Daar blijkt het Hof een stuk kritischer dan in de zaak uit 1996: 'the Court made reference to its comments in *Chahal* about the special-advocate procedure but without expressing any opinion as to whether such a procedure would be in conformity with the Convention rights at issue.'³⁷⁹ De uiteindelijke conclusie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is dat, in ieder geval in de zaak uit 2009, de rechtsgang niet conform de vereisten van het recht op een eerlijk proces uit het EVRM was. Alhoewel het niet uitsluit dat de *special advocate* op zich een positieve bijdrage zou kunnen leveren aan het recht op een eerlijk proces, stelt het dat dat in deze zaak niet het geval was, onder meer omdat de 'special advocate could not perform this function in any useful way unless the detainee was provided with sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions to the special advocate. While this question must be decided on a case-by-case basis, the Court observes generally that (...) even where all or most of the underlying evidence remained undisclosed, if the allegations contained in the open material were sufficiently specific, it should have been possible for the applicant to provide his representatives and the special advocate with information with which to refute them, if such information existed, without his having to know the detail or sources of the evidence which formed the basis of the allegations. An example would be the allegation made against several of the applicants that they had attended a terrorist training camp at a stated location between stated dates; given the precise nature of the allegation, it would have been possible for the applicant to provide the special advocate with exonerating evidence, for example of an alibi or of an alternative explanation for his presence there, sufficient to permit the advocate effectively to challenge the allegation. Where, however, the open material consisted purely of general assertions and SIAC's decision to uphold the certification and maintain the detention was based solely or to a decisive degree on closed material, the procedural requirements of Article 5 § 4 would not be satisfied.'³⁸⁰

De *special advocate* wordt kritisch benaderd door veel wetenschappers en commentatoren, met name omdat de *special advocate* namens de beklaagde of verdachte spreekt, terwijl deze laatste weinig en soms geen zeggenschap heeft over wat de *special advocate* namens hem

³⁷⁶ Prevention of Terrorism Act 2005

³⁷⁷ Zie ook: J. Ip, 'The Rise and Spread of the Special Advocate', Public Law, pp. 717-741, 2008, <<https://ssrn.com/abstract=1292537>>.

³⁷⁸ A. Boon & S. Nash, 'Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems', Legal Ethics, Volume 9, No. 1, 2006.

³⁷⁹ EHRM, A. a.o. t. VK, application no. 3455/05, 19 februari 2009.

³⁸⁰ EHRM, A. a.o. t. VK, application no. 3455/05, 19 februari 2009.

zegt. ‘Acting as intermediaries between lay clients and judicial authorities, special advocates examine evidence withheld by the authorities and test the case for non-disclosure. If the evidence continues to be withheld, special advocates must anticipate what clients might have said for themselves, faced with that evidence. Special advocates are, notionally, acting for the lay client, but without instructions and sometimes, even, consent. This is at odds with the ethical tradition of advocacy in common law jurisdictions, which requires that lawyers pursue their clients' best interests in the light of the fullest possible information about their position and to the best of their ability. Compromising this basic tenet of lawyers' ethics threatens to undermine the codes in which it is enshrined.’³⁸¹

Toch zijn er ook commentatoren die positieve punten aanstippen van de *special advocate*. ‘The special advocate provides a procedural check against the power of the government in these proceedings, fulfilling two important functions: testing the validity of the closed materials relied on and pushing for more extensive disclosure of information by challenging the nature of the public interest at stake. (...) In practice, once the closed materials have been revealed to them, special advocates dedicate a great amount of time in fighting for disclosure to the suspect. Pushing for more disclosure can involve both working with the government to formulate an acceptable version of the evidence to be disclosed or finding substitutes for the materials.’³⁸² Toch stellen ook deze personen dat er noemenswaardige problemen en gevaren zijn, zoals dat dergelijke procedures een incentive geven aan overheden om bewijs geheim te houden.

Uiteraard brengt het de verdachte wel in een lastige positie, omdat hij wordt berecht op basis van informatie waar hij geen toegang toe heeft en wordt verdedigd door iemand waar hij geen invloed op of controle over heeft.³⁸³ Daarbij wordt de verdachte het recht onthouden om feiten te betwisten, terwijl hij soms als enige de persoonlijke achtergrond en kennis heeft om te weten of bepaalde aantijgingen kloppen of om een alibi te verschaffen. De accuraatheid van het bewijs en van de uiteindelijke beslissing kunnen dan ook in het geding komen.³⁸⁴ Een persoon die de belangen van een verdachte zegt te behartigen zonder de wensen van de verdachte zelf te hoeven respecteren ondermijnt de autonomie van de verdachte; de *special advocate* wordt dan ook soms als paternalistisch omschreven. Omdat de verdachte niet goed begrijpt waarvoor hij wordt berecht en geen toegang heeft tot alle bewijsstukken maken sommigen een expliciete verwijzing naar Kafka's *Het proces*.³⁸⁵

3.8 Conclusie

Hierboven zijn de rechtsfiguren die niet zozeer zien op de traditionele focus op individu en materiele schade beschreven per jurisdictie. Deze rechtsfiguren kunnen in verschillende mate en op verschillende wijzen inspiratie bieden voor het Nederlandse procesrecht. Er is een aantal lijnen in de verschillende mogelijkheden te trekken. Ten eerste kunnen de rechtsfiguren globaal in verschillende categorieën ingedeeld worden naar gelang van het type procedure.

³⁸¹ A. Boon & S. Nash, ‘Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems’, *Legal Ethics*, Volume 9, No. 1, 2006.

³⁸² D. Barak-Erez & M. C. Waxman, ‘Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions’, 48 *Colum. J. Transnat'l L.* 3, 2009.

³⁸³ C. C. Murphy, ‘Counter-Terrorism and the Culture of Legality: The Case of Special Advocates’, 24 *KLJ* 19–37, 2013.

³⁸⁴ Zie ook: A. Kavanagh, ‘Special Advocates, Control Orders and the Right to a Fair Trial’, *The Modern Law Review Limited*, 73(5), 2010.

³⁸⁵ J. Jackson, ‘The role of special advocates: Advocacy, due process and the adversarial tradition’, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 20(4) 343–362, 2016.

Daarbij moet worden opgemerkt dat er een zekere overlap is tussen de verschillende categorieën:

	Raad van Europa	Europese Unie	België	Duitsland	Frankrijk	Verenigd Koninkrijk
Groepsacties / collectieve acties	- Klacht van rechtspersoon m.b.t. belangen achterban of eigen belang rechtspersoon	- 263 VWEU procedure door vereniging -Vertegenwoordiging onder AVG	- Arbeidsrecht procedures - Discriminatie procedures	- KapMuG - Musterfeststellungsklage - Privacy zaak door consumentenorganisatie	- Groepsacties binnen verschillende domeinen	- GLO
Toetsing van wetgeving of beleid	- Toetsing aan het quality of law criterium - Conventionality - In abstracto toetsing - Pilot judgment	- Prejudiciële procedure	- Constitutionele toetsing	- Constitutionele toetsing - Milieuberoepsprocedures		- Special advocate (impliciet beleid of vervolgingspraktijk) - Ombudsman
Acties in het algemeen/ maatschappelijk belang	- Klacht van rechtspersoon m.b.t. een algemeen belang (zoals bij surveillance) - In abstracto toetsing - Pilot judgment - Amicus Curiae	-263 VWEU procedure door vereniging	- Discriminatie procedures - Milieu zaken (actio popularis)	- Milieuberoepsprocedures	- Groepsacties binnen het milieurecht	- Ombudsman

Daarnaast kunnen de verschillende rechtsfiguren worden gecategoriseerd naar gelang het primaire doel of het te beschermen belang. Daarbij bestaat er overlap tussen de verschillende categorieën aangezien sommige procedures op verschillende doelen of te beschermen belangen zien. Desalniettemin laat een onderverdeling als deze zien op wat voor soort problemen deze rechtsfiguren zich richten:

	Raad van Europa	Europese Unie	België	Duitsland	Frankrijk	Verenigd Koninkrijk
Bescherming tegen immateriële inbreuk	- Klacht van rechtspersoon m.b.t. belangen achterban of eigen belang rechtspersoon - In abstracto toetsing	- 263 VWEU procedure door vereniging	- Arbeidsrechtelijke procedures - Procedures aangaande discriminatie	- Privacy zaak door consumentenorganisatie	- Action en défense d'un intérêt collectif.	- Ombudsman - Special Advocate

Minimum-voorwaarden van legitimiteit en legaliteit	- Toetsing aan het quality of law criterium - Conventionality	- Prejudiciële procedure	- Constitutionele toetsing	- Constitutionele toetsing		- Special Advocate
Vraagstuk van algemeen/maatschappelijk belang	- Amicus Curiae - Klacht van rechtspersoon m.b.t. een algemeen belang (zoals bij surveillance)	- 263 VWEU procedure door vereniging (in beperkte mate)	- Milieu zaken (actio popularis)	- Milieuberoepsprocedures	- Groepsacties binnen het milieudomein	- Ombudsman
Schadevergoeding voor concrete of materiele schade	- Klacht van rechtspersoon m.b.t. belangen achterban of eigen belang rechtspersoon	- Vertegenwoordiging onder de AVG	- arbeidsrecht procedures	- KapMuG (teneinde vervolgens voor schadevergoeding te procederen) - Musterfeststellungsklage	- Groepsacties binnen verschillende domeinen	- GLO
Toetsen van wet en beleid	- Pilot judgments	- Prejudiciële procedure	- Constitutionele toetsing	- Constitutionele toetsing - Privacy zaak door consumenten organisatie (alleen m.b.t. private actoren) - Privacy zaak door consumenten organisatie (m.b.t. milieu)	-	- Ombudsman

Naast het schematisch weergeven van de verschillende mogelijkheden is er ook een aantal conclusies te trekken met betrekking tot het totaalplaatje dat per onderzochte jurisdictie aan rechtsbescherming wordt geboden.

De mogelijkheden onder het EVRM en binnen het EU-recht gelden uiteraard ook voor Nederlandse situaties. Toch zou een aantal rechtsfiguren dat op supranationaal niveau kan worden ingeroepen ook kunnen worden overgenomen binnen het Nederlandse recht, voor wat betreft Nederlandse procedures. Een voorbeeld is het introduceren van een rechterlijke toets waar het gaat om de rechtsstatelijkheid van (wetgeving omtrent) Big Data projecten. Het EHRM signaleert een trend waarin nationale parlementen te veel en ongecontroleerde bevoegdheden geven aan de uitvoerende macht, zoals speciale politie-eenheden en inlichtingendiensten. Daarbij gaat het niet zelden om data gedreven projecten en bevoegdheden tot dataverzameling en -analyse. Een dergelijke toetsingsbevoegdheid zou in

Nederland aan de Raad van State of de rechtbank Den Haag kunnen worden toegekend en gaat verder dan de reeds bestaande mogelijkheden omtrent onrechtmatige wetgeving.³⁸⁶

Bij dergelijke zaken is het EHRM ook bereid algemeen belangacties te accepteren en klachten *in abstracto* te behandelen. Op deze wijze wordt het vereiste van een persoonlijk en daadwerkelijk belang van de klager in een beperkt aantal zaken aan de kant geschoven. Dit zorgt er voor dat ook rechtspersonen ontvankelijk worden verklaard in hun klacht als zij geen direct en persoonlijk belang hebben. Er wordt bij *in abstracto* klachten eigenlijk nooit schadevergoeding toegekend. Zodoende voorkomt het EHRM dat professionele partijen zullen gaan procederen met een financieel oogmerk. Ook kan het EHRM zijn normale nadruk op de individuele belangen van de klager behouden. Het EHRM is zeer terughoudend met het erkennen van een klachtrecht voor rechtspersonen als het gaat om een beroep op artikel 8 EVRM voor een eigen of afgeleid belang en verklaart ook *in abstracto* klachten slechts sporadisch toe. Een dergelijke marginale uitzondering zou ook in Nederland een soepele oplossing kunnen zijn om het huidige regime in stand te laten en evenwel voor een beperkt aantal zaken een uitzondering te creëren.

Een ander voorbeeld is de zogenoemde *pilot-judgements* van het EHRM, waarin het wetgevingsopdrachten kan opnemen in zijn uitspraken. Bij milieuzaken – zoals de Urgenda-rechtspraak³⁸⁷ – is de Nederlandse rechter daar al toe bereid. In zaken die draaien om dataverzameling en -verwerking lijkt dat echter minder het geval. Het voordeel van een dergelijk systeem is dat er met een zaak een fundamentele oplossing voor een groter probleem kan worden gevonden, wat een myriade aan mogelijke rechtszaken van belanghebbenden kan voorkomen. Een mogelijk nadeel is dat de rechter op de stoel van de regelgever gaat zitten.

Ten aanzien van de EU is de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU al terug te vinden in de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in het civielrecht. Als hiervan de mogelijkheden zouden worden uitgebreid, bijvoorbeeld tot het strafrecht, zouden rechtbanken die geconfronteerd worden met Big Data problematiek uit de opsporingsfase, vragen over de toelaatbaarheid daarvan kunnen stellen aan de Hoge Raad. Dat kan leiden tot meer rechtszekerheid. Wanneer het gaat om de ontvankelijkheidsvereisten uit EU procedures, bijvoorbeeld op grond van artikel 263 lid 4 VWEU, is het maar de vraag of het wenselijk is daar bijvoorbeeld in het bestuursrecht op aan te sluiten. Zoals immers blijkt uit de jurisprudentie van het Hof zijn deze eisen zeer strikt, vooral wanneer het aankomt op besluiten of uitvoeringshandelingen die zien op een grotere groep individuen, zoals bij Big Data toepassingen vaak het geval is. Denk bijvoorbeeld aan het instellingsbesluit van SyRI.

In België zijn relatief veel verschillende mogelijkheden voor bovenindividueel klachtrecht opgenomen. Daarbij zijn met name drie rechtsgebieden besproken, namelijk het arbeidsrecht, het anti-discriminatierecht en het milieurecht. Deze rechtsgebieden hebben als globale overeenkomsten dat de slachtoffers respectievelijk klagers een zwakke positie hebben en dat bewijs lastig te leveren en te concretiseren is. Daarom zijn er in deze rechtsgebieden mogelijkheden tot vertegenwoordiging opgenomen, waarbij rechtspersonen namens belanghebbenden kunnen opkomen. In het milieurecht is het ook mogelijk om voor een algemeen belang op te komen, zowel door gespecialiseerde rechtspersonen (zonder winstoogmerk) als door natuurlijk persoon (althans, waar het gaat om natuurverwoesting door mijnbouw).

³⁸⁶ R. J. B. Schutgens, 'Onrechtmatige wetgeving', Deventer: Kluwer, 2009.

³⁸⁷ Gerechtshof Den Haag, 09-10-2018. ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

Er is al vaker een parallel getrokken tussen milieuzaken en Big Data, onder meer omdat Big Data initiatieven een grote impact kunnen hebben op het leefmilieu, zonder dat er direct een individualiseerbaar belang voor één of enkele belanghebbende kan worden aangewezen.³⁸⁸ Ook is het causale effect tussen milieuvervuiling en direct schade – zoals ziektes die door milieuvervuiling zouden kunnen worden veroorzaakt – vaak moeilijk hard te maken, wat ook geldt voor de causale relatie tussen Big Data projecten en mogelijke negatieve consequenties voor burgers. Als deze parallel zou worden doorgetrokken zou er voor kunnen worden gekozen om eenieder of gespecialiseerde rechtspersonen zonder winst oogmerk het recht toe te kennen om voor het algemeen belang op te komen ten aanzien van Big Data initiatieven die het leefklimaat negatief zouden beïnvloeden.

Ook is er een aantal interessante punten aan te wijzen ten aanzien van mogelijkheden in het Belgische recht waar het gaat om discriminatieproblematiek. Zo bestaat er de mogelijkheid voor rechtspersonen om slachtoffers te vertegenwoordigen in rechte, ook als het om strafrechtelijke problematiek gaat. Bij bepaalde delicten is het niet nodig om een eigen belang aan te tonen – zoals bij negationisme; wel moeten rechtspersonen een daaraan gelieerd en in hun statuut opgenomen doelstelling kennen. Tot slot is van belang het feit dat België over sommige zaken universele jurisdictie claimt. Big Data initiatieven zullen niet snel de ernst van dergelijke delicten hebben; wel is het interessant om, gegeven de grensoverschrijdende vraagstukken die zijn gemoeid met veel Big Data projecten, na te denken over de vraag of er delicten bestaan die gerelateerd zijn aan Big Data die zo ernstig zijn dat daar universele jurisdictie over zou kunnen worden geclaimd.

In Duitsland zijn drie zaken van belang. Ten eerste is het interessant de collectieve acties in het Nederlands civielrecht, met name de nieuwe Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie, te vergelijken met de KapMuG en de Musterfeststellungsklage. Zoals al in paragraaf 2.2.3 van dit rapport genoemd werd met betrekking tot de wetswijziging, is een van de aangevoerde bezwaren dat de nieuwe wet onnodig de voorwaarden voor alle collectieve acties verzwart, waaronder de algemeen-belangacties, en niet alleen voor die strekkende tot schadevergoeding. Meer in het bijzonder betekent dit een aanzienlijke verzwaring van de ontvankelijkheidstoets voor belangenorganisaties in algemeen-belangacties. Van Boom en Weber wijzen ook op de problematische eisen van ontvankelijkheid bijvoorbeeld in milieuzaken zoals de Urgenda-zaak, waar meer abstracte en toekomstige belangen op het spel staan.³⁸⁹ Onder het huidige recht was Urgenda wel ontvankelijk, maar onder de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie wordt dit lastiger. Gelijke belangen staan bij Big Data op het spel, zeker wanneer de gevolgen van Big Data-toepassingen pas later compleet helder worden. Daarnaast stellen Van Boom en Weber dat met de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie voor niet-schadevergoedingsacties er ook een nauw omschreven groep te bepalen moet zijn, wat niet logisch is bij zaken die zien op meer abstracte belangen. Een voordeel van de *Musterfeststellungsklage* is dat benadeelden kunnen wachten met het aanhangig maken van een vordering; indien het vonnis voor de eisers positief is, heeft dit voor hen een nuttige precedentwerking, indien het negatief is voor eisers en zij hebben gewacht met het aanhangig maken van de vordering, zijn zij niet gebonden. Onder de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is dit niet mogelijk: er moet in een vroeg stadium al worden gekozen voor een opt-out wil men niet het risico lopen gebonden te zijn aan een negatieve uitkomst. Daarnaast is het onder de *Musterfeststellungsklage* mogelijk om

³⁸⁸ Zie o.a. Dennis Hirsch, 'The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and the Power of Analogy', 66 ME. L. REV. 373, 2014.

³⁸⁹ W.H. van Boom & F. Weber, 'Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland', WPNR 2017 afl. 7145, p. 298.

na de rechterlijke goedkeuring van een schikking alsnog te kiezen voor een opt-out met betrekking tot de schikking, terwijl dit onder de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie niet mogelijk is.

Ten tweede is de toetsing van wettelijke voorschriften relevant. Het Duitse voorbeeld van constitutionele toetsing laat zien dat er meer verschillen zijn tussen de Nederlandse en Duitse toetsing dan de formele mogelijkheid om aan de grondwet te toetsen. Zo heeft de Duitse toetsing van wettelijke voorschriften een groter bereik. De Nederlandse rechtspraak kent officieel geen precedentwerking en toetsingsuitspraken gelden normaliter tussen de twee partijen in het geding. In de Duitse rechtspraak hebben toetsingsuitspraken wetskracht en werken deze *erga omnes*.³⁹⁰ Een wettelijk voorschrift kan onder Duits recht nietig verklaard worden, waar het in het Nederlandse stelsel slechts onverbindend wordt verklaard. Deze onverbindendverklaring is beperkt tot de procedure waarin zij is uitgesproken.³⁹¹ Al moet hier wel de kanttekening³⁹² bij geplaatst worden dat wanneer in het civielrecht in een collectieve actie de rechter een toepassingsverbod van een onrechtmatig wettelijk voorschrift toewijst, de overheid gehouden is dat voorschrift niet meer toe te passen, ook niet in relatie tot actoren buiten het geding.³⁹³ Daarnaast is het interessant dat onder Duits recht burgers een direct – na uitputting van rechtsmiddelen – oordeel van de hoogste rechter kunnen krijgen over de rechtmatigheid van wettelijke voorschriften en uitvoeringshandelingen. Wanneer er besluiten worden genomen ter instelling van Big Data-toepassingen of samenwerkingsverbanden, zouden deze naar analogie in het Nederlandse systeem met een dergelijke procedure direct aan de Hoge Raad voorgelegd kunnen worden. Wel geldt hier dan ook de problematiek welke burgers een belang hebben dat voldoende direct is.

Een derde aandachtspunt is de bescherming van immateriële belangen. Onder het Duitse recht en rechtspraak zijn per sector nog mogelijkheden ontwikkeld om immateriële belangen te behartigen. Zo is het op basis van rechtspraak mogelijk voor bedrijven om elkaar aan te spreken op de naleving van privacyregels met als redenering het tegengaan van oneerlijke concurrentie. Dit is echter alleen relevant voor de inzet van Big Data in de private sector; op overheidshandelen is dit lastig toe te passen (behalve wellicht voor zover dit handelen onder de Wet Markt en Overheid valt). Daarnaast is er wetgeving ingevoerd voor collectieve bescherming van milieubelangen. Tot op heden is in het Nederlands recht nog geen rechtsgang opgenomen voor verenigingen die milieubelangen behartigen om procedures in te stellen tegen wetgeving of beleid dat in strijd is met milieuwetgeving en -afspraken. Een dergelijk instrument biedt echter wel inspiratie: zo is het niet ondenkbaar een soortgelijke bepaling te introduceren voor verenigingen die opkomen voor privacybelangen of het recht op gegevensbescherming. Er kan dan een soortgelijke voorwaarde aan verbonden worden dat slechts enkele erkende organisaties deze bevoegdheid krijgen. Dit biedt de rechter de mogelijkheid bij wetgeving en uitvoeringsmaatregelen deze belangen in acht te nemen maar voorkomt een stortvloed aan klachten van individuele burgers.

Het Franse recht kent een scala aan mogelijkheden tot collectief verhaal, maar al deze mogelijkheden hebben gemeen dat deze worden toegekend aan gecertificeerde verenigingen of organisaties. Dit is een groot verschil met het Nederlands recht, zowel op het gebied van

³⁹⁰ J. J. J. Sillen, 'Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)', Kluwer 2010, p. 243-244.

³⁹¹ R. J. B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële vernietiging', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2006-3.

³⁹² Daarnaast kent de Nederlandse jurisprudentie ook volplichtjurisprudentie als uitzondering.

³⁹³ J. J. J. Sillen, 'Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving: Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht (diss.)', Kluwer 2010, p. 244.

civilrecht, bestuursrecht en strafrecht. Toegang tot collectieve mechanismen voor erkende verenigingen verkleint het risico op een claimcultuur. Individuen en rechtspersonen kunnen zich niet zomaar verenigen om een zaak aan te spannen. Daarnaast zijn er geen strikte ontvankelijkheidsvereisten wanneer deze verenigingen eenmaal gecertificeerd zijn; over het algemeen geldt de eis dat ze volgens de statuten moeten opkomen voor het recht dat in het geding is en ze minstens vijf jaar moeten bestaan. De vraag is wel hoe een dergelijk systeem gefinancierd kan worden. In Frankrijk is er geen publiekrechtelijke financiering voor deze partijen; zoals kort genoemd is er de laatste jaren een trend naar meer ‘*third party litigation*’.

Een interessant verschil met het Nederlands recht is dat er ook collectieve acties in het strafrecht mogelijk zijn. Hoewel de typen delicten waarbij collectieve acties in het Franse strafrecht momenteel worden ingezet, zoals seksueel misbruik, niet gerelateerd zijn aan Big Data, is het niet ondenkbaar dat privacybelangen door ontwikkeling van Big Data en andere technologieën ook kunnen worden gezien als belangen *d’un intérêt collectif*. Het knelpunt in Nederland blijft uiteraard dat er geen vervolging mogelijk is door civiele actoren, zodat een overname van het systeem van acties door verenigingen in het geval van een collectief belang dan ook niet goed past in het Nederlandse systeem. Het is echter niet ondenkbaar (in de zin dat het niet per se een fundamentele systeembreuk zou opleveren) om bijvoorbeeld gecertificeerde belangengroeperingen de mogelijkheid te geven zich als benadeelde partij te voegen in een geding wanneer de rechten die zij beschermen, zoals het recht op vrije meningsuiting of het recht op privacy, door het strafbare feit zijn aangetast. Dit sluit nauw aan bij de klachtprocedure van artikel 12 Wetboek van Strafvordering in het geval er geen (verdere) vervolging plaatsvindt.

Tot slot kent Frankrijk, misschien meer dan onder het Nederlands recht, sectorspecifieke vertegenwoordigingsacties, bijvoorbeeld op het gebied van non-discriminatie of milieubescherming.

Ten aanzien van het Verenigd Koninkrijk zijn drie rechtsfiguren onder de loep genomen. Een reeds in Nederland bekend fenomeen is de ombudsman. Het Verenigd Koninkrijk kent veel ombudsmannen op specifieke deelterreinen. Het zou een mogelijkheid kunnen zijn om in Nederland een speciale ombudsman voor Big Data projecten aan te wijzen. Een voordeel zou kunnen zijn dat een dergelijke ombudsman specialistische expertise opbouwt op dit punt, dat het een laagdrempelige klachtprocedure kan bieden en op eigen initiatief een procedure kan starten tegen vermeend onrechtmatige Big Data projecten. Toch kleven er ook de nodige nadelen aan een dergelijke specialistische ombudsman; zo wordt er ten aanzien van de Britse invulling van dit rechtsfiguur op gewezen dat voornamelijk de mondige burgers en specialistische rechtspersonen op dit gebied de weg zullen weten te vinden naar deze ombudsman en dat een additionele ombudsman het toch al complexe landschap nog ingewikkelder maakt.

Daarnaast is in het Verenigd Koninkrijk de zogenoemde *Group Litigation Order* bekend. Daarbij kan een klacht worden ingediend en kunnen individuen zich daarbij aansluiten. Zo’n rechtsfiguur zou mogelijkterwils in Nederland kunnen worden ingevoerd, als zodanig of specifiek met betrekking tot Big Data gerelateerde zaken. Een dergelijke procedure stelt belanghebbenden in staat om gelijksoortige klachten te bundelen. Big Data projecten zullen gezien hun aard en omvang niet zelden grotere groepen in de samenleving raken. Door de invoering van de GLO kan het aantal zaken worden gereduceerd, terwijl toch de procesautonomie bewaard blijft. Evenwel blijft hierbij een probleem dat personen – juist bij

Big Data processen – zich er niet zelden simpelweg niet bewust van zullen zijn dat zij een zaak zouden kunnen beginnen of dat zij geraakt zijn door een Big Data project.

Ook is besproken de positie van de zogenoemde *special advocate*. Deze advocaat wordt een verdachte toegewezen en krijgt toegang tot al het bewijs tegen een verdachte, ook als de verdachte daar zelf geen toegang tot kan krijgen. Deze rechtsfiguur is interessant in het kader van Big Data projecten, omdat een deel van het bewijs en de beslissingen niet zelden niet openbaar worden gemaakt. Zo kan het gaan om de algoritmen die worden gebruikt, de data die worden meegenomen of de weging van de verschillende datapunten. Dit openbaar maken zou criminelen en kwaadwillende burgers mogelijk in de hand spelen, zo menen veel overheidsdiensten, of mogelijke bedrijfsgeheimen prijsgeven, zo menen veel private organisaties. Een *special advocate* zou dan een oplossing bieden; deze advocaat krijgt dan wel toegang tot dergelijke gevoelige materie en kan namens de verdachte en zijn belangen opkomen. Toch is een nadeel dat de procesautonomie van de verdachte wordt ondermijnd en dat de waarheidsvinding mogelijk wordt belemmerd.

4. Reguleringsopties

In deze studie is gekeken naar de mate waarin het proces van Big Data zelf aan voldoende procedurele waarborgen onderhevig is en is met name de vraag gesteld of het Nederlands procesrecht voldoende openingen biedt om tegen de eventueel negatieve aspecten van Big Data processen op te komen. Uit deze studie blijkt dat er op punten nog versterkingen kunnen worden ingevoerd. De rechtsvergelijkende verkenning in het voorgaande hoofdstuk heeft diverse rechtsfiguren laten zien die als aanknopingspunten zouden kunnen worden gebruikt om de procedurele waarborgen en toegang tot het recht in Nederland te versterken. Ook uit additionele literatuurstudie, de voor dit onderzoek uitgevoerde interviews met experts (de verslagen daarvan zijn vervat in paragraaf 6.1 van dit rapport) en de voor dit onderzoek georganiseerde workshops (de verslagen daarvan zijn vervat in paragraaf 6.2 van dit rapport) zijn mogelijke verbeteringen gedestilleerd.

In dit hoofdstuk zijn de bevindingen in dertien reguleringsopties voor het Nederlandse beleid uit een gezet. De eerste drie reguleringsopties zien vooral op de inkadering van de verschillende fasen van Big Data processen zelf, daarna volgt een aantal opties dat betrekking heeft op de eventuele aanpassing van de diverse rechtsgebieden (civielrecht, bestuursrecht en strafrecht) en afsluitend wordt een aantal opties besproken dat betrekking heeft op checks and balances in de trias politica.

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

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. Om Big Data processen en de consequenties daarvan te kunnen laten toetsen voor 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, des te eerder worden negatieve consequenties voorkomen of geadresseerd. Daarbij valt op dat een deel van het dataverzamelingsproces wel is gereguleerd, maar een ander deel niet. Het deel dat wel wordt gereguleerd, met name door de Algemene Verordening Gegevensbescherming, 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 gaat om grote hoeveelheden geaggregeerde data die niet gerelateerd zijn aan 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. Hierdoor blijft een flink deel van het Big Data proces in de verzamelfase ongereguleerd.

Het verwerken van gegevens, niet zijnde persoonsgegevens, is momenteel vrijwel ongereguleerd. In het juridisch paradigma wordt in principe de nadruk gelegd op gegevens over iemands privéleven of persoonsgegevens, dat wil zeggen gegevens waarmee iemand geïdentificeerd kan of zou kunnen worden. In de loop der jaren is de juridische definitie van persoonsgegevens steeds verder uitgebreid, waardoor steeds meer indirecte gegevens onder de reikwijdte van de Algemene Verordening Gegevensbescherming vallen. Daarnaast heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de laatste jaren ook de verwerking van metadata en ongestructureerde data deels onder de reikwijdte van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gebracht.

Toch blijft de kern van de juridische bescherming van data gekoppeld aan het individu en individuele belangen. Grosso modo geldt daarbij dat des te meer een gegeven zegt over een persoon en hoe gevoeliger de informatie is die daarmee wordt prijsgegeven, des te strikter het juridische regime is. Bijzondere persoonsgegevens die bijvoorbeeld iemands seksuele geaardheid, politieke voorkeur of medische toestand bevatten zijn beter beschermd dan gewone persoonsgegevens, de inhoud van communicatie is beter beschermd dan communicatiegegevens zelf (metadata) en er gelden striktere regels voor informatie over iemands privéleven dan over iemands publieke leven. Het gevolg hiervan is dat ondanks de brede reikwijdte van het begrip persoonsgegevens, het verzamelen, verwerken en gebruiken van data die geen link hebben met een persoon of zijn privéleven niet of nauwelijks zijn gereguleerd.

Dit kan op termijn een juridische lacune opleveren. Ten eerste kunnen ook gegevens niet zijnde persoonsgegevens worden gebruikt om beslissingen te nemen die niet direct betrekking hebben op een individu, maar wel een grote impact kunnen hebben op het leven van groepen burgers en hun leefomgeving. Een statistisch profiel van de veiligheidsrisico's in 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. Ten tweede is de aard en status van data steeds minder stabiel. 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 Data context is dat echter niet het geval. Een set bijzondere persoonsgegevens kan in een split second worden geaggregeerd en voor een statistisch profiel worden gebruikt dat vervolgens in de praktijk wordt ingezet. Een dataset kan worden geanonimiseerd en vervolgens worden verrijkt met nieuwe data, zodat het identificerende gegevens bevat. De aard en gevoeligheid van data is dus in toenemende mate een momentopname van zeer tijdelijke aard, zo merkte ook de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid al op in zijn Big Data rapport: 'Bovendien kan de combinatie van meerdere databases met niet-identificerende gegevens door koppeling en analyse leiden tot profielen en nieuwe persoonsgegevens (op basis van een combinatie van informatiepunten).'³⁹⁴

Het gevolg van het huidige juridische paradigma is dat een deel van de data geen juridische bescherming geniet. Big Data partijen doen dan ook niet zelden investeringen om datasets te anonimiseren en te aggregeren. Dat doen zij niet alleen omdat zij zo de burger beter beschermen en de risico's en gevaren bij datalekkages worden geminimaliseerd, maar ook omdat zij zich dan niet aan vigerende wetgeving als de Algemene Verordening Gegevensbescherming hoeven te houden. Dit wordt zowel in de literatuur als in de interviews aangewezen als een lacune in het huidige juridische paradigma. Alhoewel de logica dat hoe meer een gegeven over een persoon zegt des te zwaarder de regulering is die op de verwerking daarvan van toepassing is, alom wordt onderschreven, is de vraag of niet ook data zelf moeten worden gereguleerd. Zo zou een minimumstandaard kunnen worden neergelegd voor alle data. Bijkomend voordeel hiervan zou zijn dat ingewikkelde discussies over de vraag of een gegeven nu wel of niet als persoonsgegeven heeft te gelden worden vermeden, in ieder geval voor wat betreft de minimumstandaarden.

In deze zin zou ervoor kunnen worden gekozen om naast het bestaande regime voor de bescherming van persoonsgegevens, zoals die onder meer is neergelegd in de Algemene

³⁹⁴ WRR, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016.

Verordening Gegevensbescherming en de zogenoemde Politie Richtlijn, en de bescherming van gegevens over iemands privéleven zoals vervat in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, een afgeslankte regeling aan te nemen voor de bescherming van gegevens.³⁹⁵

De AVG zou als uitgangspunt kunnen worden genomen, alhoewel een deel van de bepalingen mogelijk niet van toepassing kunnen zijn op gegevens, niet zijnde persoonsgegevens. Zo zijn de subjectieve rechten, zoals het recht op dataportabiliteit, het recht om vergeten te worden en het recht op bezwaar te maken niet goed te transponeren naar de bescherming van gegevens als zodanig.³⁹⁶ Andere principes kunnen evenwel, zij het in afgeslankte en minder stringente vorm, ook als uitgangspunt worden genomen voor de regulering van data. Het vereiste van doelbinding en ook het dataminimalisatiebeginsel zijn principes die zorgen voor een efficiënte inzet van middelen en macht. Het zonder doel verzamelen van data, niet zijnde persoonsgegevens, of het meer data verzamelen dan nodig is voor het doel kan immers het beeld van de statistische analyses vertroebelen. Stel een school wil de leerprestaties per klas gaan monitoren en besluit daartoe onaangepast gedrag als indicator te kiezen, waarvoor het aantal leerlingen dat een petje draagt een relevant datapunt is. Dan is hierbij allereerst de vraag of het gekozen doel legitiem is en of de verwerkte data noodzakelijk en proportioneel zijn ten opzichte van het doel. Vervolgens zou het doelbindingsprincipe kunnen worden toegepast; de vraag of er in een klas een hoog aantal leerlingen met petjes en/of onaangepast gedrag is mag niet zonder meer worden doorgespeeld naar jeugdzorg of in een kind-dossier terecht komen van de leerlingen uit die klas.

Een ander voorbeeld waarbij de uitgangspunten van de AVG ook op de verwerking van data, niet zijnde persoonsgegevens, zouden kunnen worden toegepast is het vereiste van veilige en vertrouwelijke gegevensopslag. Ook algemene statistische informatie, bijvoorbeeld over wijken of groepen personen, kan, als die in verkeerde handen valt, worden misbruikt met significante consequenties voor burgers. Datakwaliteit is van wezenlijk belang voor Big Data analyses en de uitkomst daarvan, of het nu om persoonsgegevens gaat of niet. Een laatste voorbeeld van een principe uit de AVG dat ook op de regulering van data als zodanig zou kunnen worden toegepast is het vereiste van transparantie. Het uitgangspunt dat Big Data partijen in principe transparant moeten zijn over welke data zij hebben, hoe zij de data hebben verkregen en wat zij daar mee doen kan gelden ongeacht of er sprake is van persoonsgegevens of niet.

Een bijkomend argument om deze benadering voor te staan is dat de laatste decennia het begrip ‘persoonsgegeven’ in juridische zin sterk is uitgebreid. Dit omdat steeds meer gegevens op indirecte wijze aan een persoon relateren of een impact kunnen hebben op de persoonlijke levenssfeer. Het gevolg daarvan is dat deze gegevens onder het relatief zware reguleringkader van de Algemene Verordening Gegevensbescherming zijn gebracht. Deze tendens zal zich vermoedelijk de komende jaren verder voortzetten. Door zelf initiatief te nemen om gegevens niet-zijnde persoonsgegevens te reguleren kan deze tendens ten dele worden gestopt en worden dergelijke gegevens weliswaar gereguleerd, maar tegelijkertijd onder een minder zwaar regime dan de AVG.

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ Sommigen stellen dat ook de subjectieve rechten, zoals het inzage-recht of het recht op rectificatie, niet alleen een persoonlijk belang dienen; iedereen heeft er, in deze zienswijze, belang bij dat verwerkingsprocessen transparant zijn en dat de gebruikte gegevens correct, up to date en volledig zijn.

Omdat het hier niet voor de hand ligt om subjectieve rechten te introduceren zou in deze wet een speciale positie kunnen worden toegekend aan belangenverenigingen en stichtingen die opkomen voor collectieve en algemene belangen in de Big Data context. Het zou de mogelijkheid kunnen worden geboden om rechtszaken te voeren als een van de principes in de nieuw te vervaardigen wet zou worden overtreden. Het opnemen van geselecteerde rechtspersonen die een rechtszaak mogen voeren is gebruikelijk in de Nederland omringende landen. Zo wordt het aantal rechtszaken beperkt en is er een waarborg dat de rechtszaken die worden gevoerd van een bepaald gewicht zijn.

Reguleringsoptie II: Reguleer het analyseren van data

Eén van de kernadviezen uit het WRR Big Data rapport was dat ook de analyse van data moest worden gereguleerd. De regering heeft zich achter deze aanbeveling geschaard. Zo herhaalde Minister Dekker op 24 mei 2018 nog eens: ‘Ik meen dat deze kernboodschap niets aan betekenis heeft ingeboet. Ik onderschrijf daarbij de beleidsuitgangspunten die in de kabinetsbrief van 2016 zijn opgenomen. Daarbij denk ik in het bijzonder aan het uitgangspunt dat de te analyseren data *up to date* zijn, datasets een zo gering mogelijke *bias* bevatten en te gebruiken algoritmen en methoden deugdelijk zijn.’³⁹⁷ In navolging hierop heeft de regering onder meer tien uitgangspunten voor experimenteren met Big Data uitgegeven, waarin onder andere de nadruk wordt gelegd op datakwaliteit en dataverrijking.³⁹⁸

Ook in de Big Data Model PIA is als aandachtspunt vermeld de kwaliteit en herkomst van de verkregen data: ‘Het is van belang om naast de te hanteren datasets ook de bijbehorende omschrijving van de kwaliteit en herkomst van de betreffende dataset te registreren, zodat de resultaten van Big Data analyse op juiste wijze kunnen worden vastgesteld. Het is verder van belang dat de gegevens die voor Big Data analyse worden verstrekt, door de verstrekker rechtmatig zijn verkregen.’³⁹⁹ Ook vermeldt het: ‘Algoritmen en methoden die bij data-analyses worden gebruikt, moeten verder deugdelijk zijn en aan de wetenschappelijke criteria voor goed (statistisch) onderzoek voldoen. Bij voorkeur worden algoritmen gebruikt die wetenschappelijk zijn getoetst, blijkend uit bijvoorbeeld publicaties of peer reviews.’⁴⁰⁰

Daarbij komt dat veel partijen op zoek zijn naar deugdelijke standaarden en richtlijnen op dit punt, zoals onder meer ook blijkt uit het mini-symposium over datakwaliteit dat op 7 juni 2018 is gehouden.⁴⁰¹ Uit achtergrondgesprekken die in het kader van dit rapport zijn gevoerd volgt dat partijen die met Big Data aan de slag gaan meer duidelijkheid zouden willen over de standaarden die gelden bij dataverwerking, datakwaliteit, algoritmen en de toelaatbaarheid van bias en foutmarges. Verdere regulering in deze zin hoeft dan ook niet als belemmering voor innovatie te worden gezien, maar kan die juist bevorderen, omdat het duidelijke richtlijnen geeft waarbinnen zij kunnen opereren.

³⁹⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 26 643, nr. 537

³⁹⁸ De tien uitgangspunten voor experimenteren met Big Data

<<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/04/20/handreiking-open-data-in-10-stappen>>.

³⁹⁹ Big Data Model GEB Rijksdienst (PIA)

<<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/04/01/big-data-model-geb-rijksdienst-pia>>.

⁴⁰⁰ Big Data Model GEB Rijksdienst (PIA).

⁴⁰¹ Big-Data-Magazine-2-2018 <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2018/07/13/big-data-magazine-nr-2>>.

Daarbij komt dat zowel uit de literatuur als uit de gehouden interviews volgt dat juist ten aanzien van de data-analyse nog het nodige misgaat. Ook de Raad van State onderstreept dit punt, onder meer omdat er een statistische werkelijkheid kan ontstaan ‘die afwijkt van de concrete feiten. Tenslotte dreigt de burger te worden geconfronteerd met besluiten die genomen zijn op basis van gegevens die van verschillende andere bestuursorganen zijn verkregen. Het valt dan niet meer na te gaan of de besluiten op basis van correcte gegevens zijn genomen.’⁴⁰² Zowel uit de interviews die voor deze studie zijn gehouden als uit de bestudeerde literatuur volgt dat onder andere rekening moet worden gehouden met de volgende overwegingen:

- (1) Data zijn zelf nooit neutraal: data zijn niet zozeer ‘gegeven’, maar zijn producten van menselijk handelen.
- (2) Het updaten van gegevens is niet neutraal: omdat van de originele database vaak geen metadata beschikbaar is over hoe de data zijn verzameld is het onduidelijk in hoeverre verschillen tussen deze oude data en nieuw verzamelde data een verschil weergeven in de realiteit of het gevolg zijn van een verschil in onderzoeksmethodologie en de wijze van dataverzameling.
- (3) Het categoriseren van gegevens is niet neutraal: er schuilen wezenlijke keuzes in de manier waarop de data worden gecategoriseerd. Deze keuzes hebben een belangrijke invloed op de uitkomsten van de data-analyse.
- (4) Algoritmen zijn niet neutraal: algoritmen zijn door mensen geprogrammeerde beslisbomen, die eventueel zichzelf kunnen herformuleren. Ook de daarbij gemaakte keuzes en assumpties hebben een belangrijke invloed op de uitkomst.
- (5) Fout-positieven en fout-negatieven: aangezien voorspellingen geen feiten zijn, zijn er altijd fout-positieven en fout-negatieven.

De tweede reguleringsoptie is dan ook wetgeving te creëren op het gebied van data-analyse.⁴⁰³ Het kabinet refereert in diverse reacties aan de meerwaarde van statistische standaarden en methodologie. In feite is Big Data immers voor een groot deel gebaseerd op statistiek, terwijl de standaarden die voor traditioneel statistisch onderzoek zijn ontwikkeld niet altijd door Big Data partijen worden gehanteerd. De regering zou dan ook wetgeving kunnen aannemen of een richtsnoer uitgeven voor de te hanteren statistische uitgangspunten bij Big Data analyse. Het gaat hierbij om regelgeving die niet direct aan persoonlijke belangen is gerelateerd. Of een groepsprofiel of statistische correlatie met een bepaald waarschijnlijkheidspercentage als zodanig incorrect of discriminatoir is raakt immers als zodanig niemand; dat geschiedt pas als die worden gebruikt voor toepassingen in de praktijk. Toch kan het wenselijk zijn om reeds hier al minimale standaarden neer te leggen, omdat hiermee eventuele problemen in de toekomst kunnen worden voorkomen en omdat deugdelijke statistische analyse zowel in het belang is van de burger als de efficiëntie van de Big Data partij ten goede komt. In deze fase worden immers veel van de wezenlijke keuzes gemaakt die later impact hebben op de burger.

Belangrijk is om op te merken dat op Big Data analyse als zodanig de Algemene Verordening Gegevensbescherming vaak niet van toepassing is, omdat gegevens hier op een hoger geaggregeerd niveau dan persoonsgegevens worden verwerkt. Ook kunnen de subjectieve mensenrechten niet worden ingeroepen, omdat er geen directe persoonlijke belangen spelen. Aansluiting voor nieuw te formuleren regelgeving op het punt van Big Data analyse zou

⁴⁰² Advies Raad van State betreffende digitalisering <<https://www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=13065>>.

⁴⁰³ Zie ook: Profileren en selecteren: Advies over het gebruik van profilering in de uitvoering van het vreemdelingenbeleid <<https://acvz.org/wp-content/uploads/2016/11/WEB-Profileren-en-Selecteren-.pdf>>.

kunnen worden gezocht bij de standaarden die op het punt van statistisch onderzoek zijn geformuleerd op Europees en internationaal niveau.⁴⁰⁴ In de Praktijkcode voor Europese Statistieken⁴⁰⁵ staan bijvoorbeeld de volgende algemene principes vermeld, die daarin verder worden uitgewerkt: de partijen die statistische analyses doen moeten professioneel onafhankelijk en voldoende geëquipeerd zijn, zij moeten zorgen voor deugdelijke onderzoeksmethoden en bij hun handelen onpartijdig en objectief te werk gaan, zij moeten zorgen voor nauwkeurige en betrouwbare onderzoeksresultaten en zorgen voor transparantie en goede controle op hun onderzoek. De regering zou deze principes als leidraad kunnen nemen en normen kunnen formuleren voor Big Data analyses.⁴⁰⁶

Reguleringsoptie III: Stel een horizonbepaling in voor Big Data projecten

Er zijn hooggespannen verwachtingen als het gaat om de inzet van Big Data in zowel de private als de publieke sector. Organisaties verwachten niet alleen toegenomen efficiëntie en een reductie in kosten, maar ook een toename in mogelijkheden, inzichten en capaciteiten. Het idee is dat er door middel van data-gedreven analyses inzichten kunnen worden verkregen die voorheen onbekend waren en organisaties door real-time data analyses direct in hun handelen rekening kunnen houden met deze inzichten. Op termijn zal ongetwijfeld blijken dat een deel van deze verwachtingen zullen worden ingelost. Voor een ander deel zal blijken dat de verwachtingen te hooggespannen waren of dat Big Data geen toegevoegde waarde heeft voor organisaties.

Op dit moment staat 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. Veeleer wordt er gestart met projecten in experimenten en proeftuinen. Het is belangrijk dat goed geëvalueerd wordt of deze tests en experimenten ook inderdaad werken en een meerwaarde opleveren ten opzichte van niet of beperkt data-gedreven werken. Dat is belangrijk omdat met de transitie naar data-gedreven opereren vaak de nodige kosten zijn gemoeid, omdat het zowel voor de private als de publieke sector essentieel is om slagvaardig te zijn en omdat als er moet worden gekozen tussen twee opties om een doel te bereiken, waarvoor voor de één veel en voor de ander weinig data moeten worden verzameld, de laatste in principe de voorkeur heeft uit oogpunt van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit ten aanzien van het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming.

⁴⁰⁴ Artikel 338 Treaty on the Functioning of the EU. Regulation (EC) No 223/2009 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 on European statistics and repealing Regulation (EC, Euratom) No 1101/2008 of the European Parliament and of the Council on the transmission of data subject to statistical confidentiality to the Statistical Office of the European Communities, Council Regulation (EC) No 322/97 on Community Statistics, and Council Decision 89/382/EEC, Euratom establishing a Committee on the Statistical Programmes of the European Communities. Zie ook: <<https://unstats.un.org/unsd/dnss/gp/FP-Rev2013-E.pdf>>. Resolution adopted by the General Assembly on 29 January 2014 68/261. Fundamental Principles of Official Statistics.

⁴⁰⁵ <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/4031688/9394211/KS-02-18-142-NL-N.pdf/580e523c-85a4-406d-9ad2-9a78f5820fc6>>.

⁴⁰⁶ Zie uitgebreider op dit punt: B. van der Sloot, 'Beyond the Access-Use Debate: Regulating the Analysis of Information in the Big Data Era in Order to Ensure Reliability and Trustworthiness', in: Goslinga et al. (eds), 'Tax and Trust', Eleven International Publishing, 2018.

Tot nu toe is er de nodige reden tot twijfel ten aanzien van de gestarte projecten.⁴⁰⁷ In de private sector zijn onder meer bedrijven gestopt met het ontwikkelen van zelfrijdende auto's, Google heeft aanvankelijke succesverhalen over de voorspellende waarde van Google Flu moeten terugtrekken en zelfs van de grootschalige advertentiemarkt op het internet is weinig bewijs dat de reclames die worden getoond op basis van data-analyses en persoonskenmerken effectiever zijn dan advertenties waarvoor geen data-analyses nodig zijn, zoals contextgebonden reclames waarbij bijvoorbeeld bij op de site van het Parool onder een wedstrijdverslag van Ajax een advertentie voor kaartjes voor de volgende wedstrijd van Ajax wordt getoond.

Ook in de publieke sector zijn er de nodige experimenten mislukt en zijn er vraagtekens geplaatst bij de effectiviteit van data-gedreven projecten. Zo betwijfelen veel experts of het voor de strijd tegen terrorisme inderdaad effectief is om aan massa surveillance te doen; zij stellen dat het verzamelen van meer data de hooiberg waar de spreekwoordelijke speld in moet worden gezocht alleen maar groter maakt en de statistische verbanden die tussen datapunten kunnen worden gelegd alleen maar vertroebelt. Tot nu toe is er geen hard bewijs dat dergelijke data-analyses inderdaad effectief zijn. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld *predictive policing*. In het buitenland, waar er al langer wordt geëxperimenteerd met voorspellend politiewerk is uit veel onafhankelijke studies gebleken dat dergelijke politie-inzet simpelweg niet effectiever is dan traditionele politie-inzet. Ook in Nederland heeft de Politie Academie onderzoek gedaan naar de effectiviteit van in Nederland ingezette *predictive policing* en geconcludeerd: 'Aanwijzingen dat predictive policing uiteindelijk leidt tot minder (stijgende) criminaliteit hebben we niet kunnen vinden.'⁴⁰⁸ Als laatste voorbeeld kan worden gewezen op de transitie bij de Belastingdienst naar een data-gedreven organisatie, waarbij zo'n 5000 werknemers werden vervangen door data-analisten. Tot nu toe heeft de digitaliseringsslag van de Belastingdienst veel kosten en organisatorische problemen opgeleverd. Zo stelde de Rekenkamer: 'Uit analyse van de 42 projecten in de Investeringsagenda-projectportfolio blijkt dat 36% van de projecten de status 'vertraagd' of 'geannuleerd' heeft. Als we meer in detail kijken naar wijzigingen van planningsdata (ook van inmiddels afgeronde projecten), dan blijkt dat bijna 60% van de projecten vertraging heeft opgelopen of is geannuleerd.'⁴⁰⁹

Deze voorbeelden zijn niet bedoeld om aan te tonen dat Big Data niet werkt of dat er niet zou moeten worden geïnvesteerd in data-gedreven projecten. Wel tonen ze aan dat sommige projecten met veel enthousiasme worden gestart, maar dat uit latere evaluaties blijkt dat zij niet of niet wezenlijk meerwaarde te hebben ten opzichte van niet op basis van Big Data gestuurde projecten. Het is niet altijd van te voren te voorspellen welke projecten en initiatieven wel en welke niet winst in termen van effectiviteit, efficiëntie of toegenomen mogelijkheden bieden. Een aantal data-gedreven projecten kost de overheid veel geld, terwijl deze projecten nauwelijks meerwaarde bieden en tegelijkertijd druk zetten op de rechten en vrijheden van burgers.

Mede in dat licht stelde de WRR in zijn Big-Data rapport reeds voor om horizonbepalingen in te voeren. 'Ook is het vanwege de potentiële impact van data-gedreven toepassingen in het veiligheidsdomein belangrijk om bij Big Data projecten vooraf een evaluatiemoment in te

⁴⁰⁷ Zie uitgebreider op dit punt: B. van der Sloot, Editorial, *European Data Protection Law Review*, 2019/2. <https://edpl.lexxion.eu/data/article/14253/pdf/edpl_2019_02-004.pdf>.

⁴⁰⁸ <<https://www.politieacademie.nl/kennisonderzoek/kennis/mediatheek/PDF/93263.PDF>>.

⁴⁰⁹ <<https://www.rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2017/10/11/tussenstand-investeringsagenda-belastingdienst>>.

plannen. Grote dataverwerkingsprojecten binnen de overheid, vooral door de politie, inlichtingen- en veiligheidsdiensten, inspecties, de Belastingdienst en samenwerkingsorganen op het terrein van misdaad- en fraudebestrijding, moeten een horizon van 3 tot 5 jaar krijgen.⁴¹⁰ Het kabinet reageerde daar toen positief op: ‘Big Data projecten lenen zich bij uitstek voor een aanpak waarbij stap voor stap en multidisciplinair wordt gewerkt. Deze aanpak impliceert dat doorlopend evaluaties van de behaalde resultaten plaatsvinden. Bij deze evaluaties zullen de behaalde resultaten nadrukkelijk moeten worden afgewogen tegen het belang van bescherming van persoonsgegevens. Een projectstructuur waarbij pas na een aantal (van 3 tot 5) jaar functionaliteit wordt opgeleverd, past minder goed bij die methodiek. Vanwege het inrichten van een data infrastructuur, een data architectuur en het op sterkte krijgen van de benodigde Big Data expertise zullen grote dataverwerkingsprojecten echter wel een doorlooptijd van één tot enkele jaren nodig kunnen hebben.’⁴¹¹

Vooralsnog zijn er geen duidelijke en uniforme richtlijnen voor het evalueren van Big Data projecten binnen de overheid. Dat is opmerkelijk, omdat er niet alleen voorbeelden zijn van grote Big Data projecten die stop moeten worden gezet of uiteindelijk geen meerwaarde blijken op te leveren, maar ook omdat er meer in het algemeen zorgen bestaan over de keuzes van de overheid met betrekking tot ICT projecten. Zo concludeerde de Commissie-Elias onder meer: ‘De commissie constateert dat veel problemen ontstaan aan het begin van ICT-projecten. Veel geplande projecten willen het onmogelijke voor elkaar krijgen. Projecten zijn te groot en te complex, terwijl juist deze grote projecten statistisch gezien vaker mislukken. Bovendien ontbreekt een goede zakelijke rechtvaardiging bij veel ICT-projecten. De rechtvaardiging wordt te veel gezien als een formaliteit – een manier om goedkeuring te krijgen om geld uit te geven, waarna het document in een la verdwijnt. «Businesscase, klaar is Kees», werd een geveugelde uitdrukking bij de hoorzittingen. Het is juist belangrijk dat ook tijdens de uitvoering van een project de zakelijke rechtvaardiging van tijd tot tijd opnieuw bekeken wordt en vooral ook bijgewerkt.’⁴¹²

Het is zowel in het belang van de overheid als in het belang van de burger dat goed wordt bekeken hoe effectief Big Data projecten zijn. De overheid zou, als zij nieuwe data-gedreven projecten wenst te implementeren, kunnen overwegen om een vast stramien te volgen. Allereerst zou een nulmeting kunnen worden verricht, waarbij wordt vastgesteld hoe de situatie is zonder data-gedreven toepassing. Vervolgens zou zij concreet kunnen vastleggen welk doel het Big Data project moet bereiken; wanneer, dat wil zeggen bij welke opgeleverde meerwaarde, zal een Big Data project als geslaagd worden beschouwd. Deze doelen worden bij voorkeur op nauwkeurige en meetbare wijze geformuleerd. Na een jaar of twee jaar zou vervolgens een eerste evaluatie kunnen worden verricht waarin wordt beoordeeld in hoeverre het doel inderdaad wordt bereikt. Eventueel kunnen in een vroegtijdig stadium nog aanpassingen en verbeteringen aan het Big Data project worden gedaan. Een uiteindelijke meting zou kunnen worden gedaan na 3 tot 5 jaar. Als een Big Data project na 5 jaar nog geen zichtbare resultaten oplevert of niet de resultaten waarop was gerekend, kan dat dit als uiterste termijn van het project worden beschouwd en worden gestopt met het initiatief.

⁴¹⁰ <<https://www.wrr.nl/onderwerpen/big-data-privacy-en-veiligheid/documenten/rapporten/2016/04/28/big-data-in-een-vrije-en-veilige-samenleving>>

⁴¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 26 643, nr. 426, bijlage.

⁴¹² <https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/field_uploads/33326-5-Eindrapport_tcm181-239826.pdf>

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

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 burgerlijk recht. Er is een aantal kleinere aanpassingen mogelijk dat ervoor kan zorgen dat het procesrecht in lijn loopt met de ontwikkelingen binnen het Big Data tijdperk.

Ten eerste is er een punt dat zowel binnen het bestuursrecht als het civielrecht speelt, namelijk dat rechtspersonen die voor een algemeen belang willen opkomen een directe link dienen te hebben met dat specifieke algemene belang. Zo bepaalt artikel 1:2 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht: 'Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.' Artikel 305a van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: 'Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.' Ook hierbij blijkt uit jurisprudentie dat de rechtspersoon feitelijke werkzaamheden op dat gebied dient te hebben uitgevoerd.

Deze eisen leiden in de praktijk tot beperkingen in de procesmogelijkheden voor rechtspersonen. Deze beperkingen worden noch in de literatuur noch in de voor dit onderzoek gehouden interviews als bijzonder stringent beschouwd. Toch zouden deze beperkingen in de toekomst kunnen leiden tot een onwenselijke situatie, namelijk wanneer een Big Data proces raakt aan diverse mensenrechten en rechtspersonen niet of slechts gedeeltelijk ontvankelijk worden verklaard in hun klacht omdat zij niet in hun statuten hebben opgenomen voor elk van de in de zaak van belang zijnde mensenrechten op te komen of omdat zij niet op het terrein van elk van deze mensenrechten activiteiten hebben ontplooid. Een versoepeling op dit punt in de wet zou uit dat oogpunt het overwegen waard zijn.

Eén van de kenmerken van de Big Data context is immers dat bij Big Data projecten tal van mensenrechten tegelijk in het spel kunnen zijn. Bij vraagstukken rond *predictive policing* kunnen bijvoorbeeld niet alleen privacy en gegevensbescherming, maar ook discriminatievraagstukken, het recht op een eerlijk proces en vrijheidsrechten een rol spelen. De vraag is of een stichting die bijvoorbeeld voor privacybelangen opkomt een klacht mag indienen die ingaat op een mogelijke schending van al deze rechten, ook al heeft zij de bescherming van al deze rechten niet expliciet in haar statuten staan en ook al heeft zij op niet op alle deelterreinen expliciete activiteiten ontplooid.

Een tweede versoepeling zou kunnen worden ingevoerd ten aanzien van het vereiste in het civielrecht om voor het starten van een actie in het collectief of algemeen belang in overleg te treden met de gedaagde partij. Lid 2 van Artikel 305a van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: 'Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de verweerder te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder

van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is eveneens niet ontvankelijk, indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn.’

Uit de interviews die zijn gehouden in het kader van dit onderzoek is slechts één geval naar voren gekomen waarin een rechtspersoon van plan was een zaak in het algemeen belang te beginnen tegen de staat en er tijdens een overleg tot een vergelijk is gekomen. Dit wil uiteraard niet zeggen dat een dergelijk overleg niet zinvol kan zijn. Bovendien wordt het vooroverleg niet als groot euvel gezien, zo bleek ook uit de workshop die voor dit rapport in Den Haag is gehouden. Partijen geven aan dit vooroverleg soms te gebruiken om nadere informatie te krijgen over de organisatie die van Big Data analyses gebruik maakt. De regering zou kunnen onderzoeken hoe effectief het vereiste als vervat in Artikel 3:305a lid 2 BW is en bij een bevestiging van de voorlopige inzichten die uit dit onderzoek voortvloeien kunnen overwegen het initiatief te nemen om dit vereiste te schrappen of beperken. Hierdoor zou een procedurele barrière worden weggenomen en het procesverloop kunnen worden bekort.

Een probleem dat wordt opgeworpen door procespartijen voor het voeren van acties in het collectief en algemeen belang zijn de kosten. Daarbij kunnen potentiële algemene belangen ook door collectieve acties worden geadresseerd; zo zouden theoretisch allen wier data zijn bewaard onder dataretentiewetgeving de klachten kunnen bundelen. Dergelijke processen zijn momenteel schaars in Nederland, zeker in vergelijking met Angelsaksische landen. Daar wordt tweeledig naar gekeken. Aan de ene kant wordt zowel in de literatuur als in de voor dit rapport gehouden interviews aangegeven dat er moet worden gewaakt voor een te grote financiële component in acties in het collectief en algemeen belang. Anderzijds zijn de kosten wellicht het grootste obstakel voor procespartijen om collectieve en algemene belangen voor de rechter aan te kaarten.

Binnen het civielrecht zou daar op twee manieren op kunnen worden gereageerd. Allereerst kan dat door ruimer baan te geven voor opt-out procedures. Doordat belanghebbenden zich doorgaans vrijwillig moeten aanmelden om als partij deel te nemen aan rechtszaken, omdat juist de problematiek omtrent Big Data vaak tamelijk abstract is en de individuele belangen lastig te specificeren en omdat er daarom vaak weinig klachten kunnen worden gebundeld kunnen de kosten voor het voeren van zo’n proces over weinig klagers worden verspreid.

Wat dit betreft heeft Nederland de laatste jaren al een aantal grote stappen gezet. De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is inmiddels op 20 maart 2019 aangenomen.⁴¹³ De hoofdlijnen van het wetsvoorstel en de nu aangenomen wet zijn als volgt:

- De wet wil schikken aantrekkelijker maken door verbetering van de kwaliteit van collectieve belangenbehartigers, coördinatie van collectieve procedures en meer finaliteit.
- Er komt één regime voor collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW, ongeacht of ze strekken tot schadevergoeding in geld of niet.
- De ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties voor het instellen van een collectieve vordering worden aangescherpt op het punt van governance,

⁴¹³ Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), Stb. 2019, 130.

financiering en representativiteit. Een uitzondering geldt voor bepaalde gevallen waarin het stellen van deze eisen disproportioneel zouden zijn.

- Een collectieve vordering moet een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer.
- Alle collectieve acties moeten als vorderingsprocedure worden aangebracht bij de rechtbank Amsterdam en worden aangetekend in een register voor collectieve acties.
- Als meer belangenorganisaties een collectieve vordering willen instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen, wijst de rechter uit hun midden de meest geschikte aan als Exclusieve Belangenbehartiger voor alle gedupeerden.
- De niet-aangewezen belangenbehartigers blijven wel partij in de procedure.
- Na aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger kunnen gedupeerden zich aan de collectieve belangenbehartiging onttrekken door een opt-out.
- De uitspraak van de rechter in de procedure is bindend voor alle gedupeerden die zich niet hebben beroepen op een opt-out.⁴¹⁴

Er wordt derhalve al een flinke stap gezet op dit punt. Door de wet wordt niet alleen de mogelijkheid tot verhalen van schade binnen een collectieve procedure ingevoerd, het betreft een opt-out mechanisme en tot het moment van het aanwijzen van een Exclusieve Belangenbehartiger voor alle gedupeerden kan nog van de opt-out gebruik worden gemaakt. Dit maakt het mogelijk aantrekkelijk om de kans te benutten en aan te sluiten bij een collectieve procedure. Daarnaast zorgt de opt-out voor finaliteit doordat er naderhand niet meerdere procedures door andere eisers gevoerd worden.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid als vervat in artikel 37 van de Uitvoeringswet AVG vermeldt dat een procedure in het collectief of algemeen belang aangaande gegevensverwerking geen doorgang kan vinden als de belanghebbende(n) daar bezwaar tegen aanvoeren. In hoeverre en onder welke voorwaarden dat met zich meebrengt dat het mogelijk is om collectieve acties in het gegevensbeschermingsrecht te voeren zonder een expliciete opt-in van betrokkenen zal in de rechtspraktijk worden uitgekristalliseerd. In ieder geval is duidelijk dat artikel 37 UAVG geen nieuwe rechtsgang creëert; de procedure zal via het civiel recht of bestuursrecht moeten worden gevoerd, waarmee ook het respectievelijke procesrecht van toepassing is.

Een tweede stap die zou helpen bij het bevorderen van het voeren van collectieve acties in het kader van Big Data is gelegen in de schadevergoeding die wordt geboden in het geval er een onrechtmatige daad wordt geconstateerd. In Nederland is een traditie van lage vergoedingen voor immateriële schade. Wederom wordt hier tweeledig naar gekeken. Aan de ene kant zijn experts het erover eens dat er moet worden gewaakt voor een ‘veramerikanisering’ van de claimcultuur in Nederland. Anderzijds staan er bij Big Data processen vrijwel uitsluiten immateriële belangen op het spel. Zeker als professionele rechtspersonen die ten doel hebben om via de rechter voor dergelijke belangen op te komen dergelijke rechtszaken kostendekkend willen houden zou de regelgever kunnen overwegen om, in ieder geval voor de Big Data context, waar schade sowieso vaak lastig te duiden is, een vast bedrag voor immateriële schade vast te stellen ter compensatie. Dergelijke rechtsfiguren komen in het buitenland voor; zij hebben als bijkomend voordeel dat zij lange procedures en ingewikkelde berekeningen op dit punt voorkomen en de rechtszekerheid vergroten.

⁴¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 608, nr. 3.

Als deze wijziging te ingrijpend is kan er ook voor worden gekozen om een processenfonds te beginnen (zie reguleringsoptie XI). Hierdoor zouden procespartijen hun zaken niet hoeven te financieren middels de middelen die worden gegenereerd met gewonnen zaken, maar kunnen de kosten worden gedekt via externe financiering.

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

Zowel inlichtingen- en veiligheidsdiensten als opsporingsdiensten maken steeds meer gebruik van Big Data. Daarbij worden niet zelden profielen gebruikt voor de keuze waar, hoe en wanneer data worden verzameld of menskracht wordt ingezet. Zo kunnen postcodegebieden of andere algemene groepskenmerken van belang worden in de strafrechtketen. Daarnaast kunnen profielen indiceren wie verder te onderzoeken om zo opsporingsbevoegdheden zo efficiënt mogelijk in te zetten. Echter, de basis voor voorspellingen hangt vaak samen met statistiek en geaggregeerde data. Eén van de meest genoemde gevaren die hierbij worden gesignaleerd, zowel in de literatuur als in de voor dit onderzoek gevoerde interviews, is het risico op discriminatie en stigmatisering. Ook voor de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid was dit één van de grote risico's voor het gebruik van Big Data in het veiligheidsdomein: 'De afbakening van groepen op basis van Big Data-analyses kan problematisch zijn als de bias die in elke dataset zit en de bias die zich in algoritmen verbergt niet goed geadresseerd worden. Als de data worden gezien als een perfecte afspiegeling van een bepaalde groep, terwijl deze dat niet zijn, zullen de conclusies die daaruit getrokken worden ook niet perfect passen op deze groep. De bias kan zich dan reproduceren, resulterend in een toename van sociale stratificatie en discriminatie.'⁴¹⁵

Stel bijvoorbeeld dat de politie gebruik maakt van een dataset met een indirecte bias naar een bepaalde bevolkingsgroep. Op basis van een analyse van deze dataset wordt besloten tot onderzoek naar meerdere personen uit deze bevolkingsgroep en vervolgens wordt er bewijs tegen één van hen gevonden. De persoon wordt voorgeleid aan de rechter. De rechter zal oordelen dat het gevonden bewijs in principe correct en toelaatbaar is. Toch kan het maatschappelijk onwenselijk zijn als er bovenmatige aandacht is tijdens opsporing en onderzoek voor personen van een bepaalde bevolkingsgroep, terwijl plegers van strafbare feiten uit andere bevolkingsgroepen minder in het vizier komen. Tegen dergelijk overheidshandelen kan eventueel een klacht worden ingediend binnen het bestuursrecht, omdat dit handelen strijdig kan zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur. De wetgever zou er echter voor kunnen kiezen om ook binnen het strafrecht consequenties te verbinden aan eventuele indirecte discriminatie en bias in Big Data processen.

Een eventuele bias in datasets, algoritmen en statistische uitkomsten heeft momenteel geen duidelijke formele consequenties binnen het strafprocesrecht. Intern kunnen er wel controle mechanismen zijn op de analyse en het gebruik van de uitkomsten. Zo kan een toetsingscommissie van OM en politie adviseren over opsporingsmethoden en kijken naar eventuele discriminatie. Maar dit is voor extern publiek, zoals verdachten of de bewoners van een gebied waar *predictive policing* plaatsvindt, niet duidelijk. Uiteraard zal de rechter bijvoorbeeld toetsen of terecht de drempel van een strafrechtelijke verdenking is gehaald. Maar, zoals ook tijdens het moderniseringstraject van de strafvordering door verschillende

⁴¹⁵ WRR, 'Big Data in een vrije en veilige samenleving', WRR-rapport, Amsterdam University Press, Amsterdam 2016.

wetenschappers werd aangestipt, vinden er veel opsporingsmethoden plaats in het vroege vooronderzoek waarbij niet al deze methoden door de rechter worden of kunnen worden getoetst. Er zou dan ook, in lijn met de nu bediscussieerde herziening van het strafprocesrecht, waarin hernieuwde aandacht is voor bewijsuitsluiting en strafvermindering in het geval bewijs is vergaard op basis van gebrekkige methoden, aansluiting kunnen worden gezocht bij de doctrines van bewijsuitsluiting of strafvermindering en in bijzondere gevallen mogelijk ook niet-ontvankelijkverklaring van het OM.

De memorie van toelichting bij het voorstel voor Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering zoekt daarbij voornamelijk aansluiting bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waaruit volgt dat bewijs verkregen uit handelingen die een schending opleveren met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens niet noodzakelijkerwijs zullen leiden tot bewijsuitsluiting. ‘De afweging kan evenwel anders uitvallen als in het kader van de opsporing van een lichte overtreding in strijd met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een ernstige inbreuk op de privacy wordt gemaakt.’⁴¹⁶ Wel kan in voorkomende gevallen worden overgegaan tot strafvermindering. Eenzelfde logica zou kunnen worden gehanteerd bij een schending van beginselen van behoorlijk bestuur of het non-discriminatiebeginsel.

Het gaat hierbij dan niet om het maken van onderscheid op zich, maar een schending van het non-discriminatiebeginsel of bias in een systeem die leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces (waarbij het vooronderzoek dan ook dient te worden meegenomen). Dit behoeft als zodanig geen aanpassing van het conceptwetsvoorstel voor Boek 4; een toevoeging van de minister in de memorie van toelichting waarin hij dit punt aanstipt zou voldoende kunnen zijn. Daarin zou hij in kunnen gaan op de vraag in welke gevallen directe en indirecte discriminatie, waaronder geconstateerde bias in de gebruikte dataset, tot bewijsuitsluiting of strafvermindering kan leiden. Aangezien profielen juist worden ingezet om afwijkend gedrag te detecteren, zal het niet eenvoudig zijn aan te geven wanneer onderscheid niet toelaatbaar is of te zeer gebaseerd is op bepaalde aannames. Daarbij zou de minister kunnen aangeven welke gevolgen bias en vormen van discriminatie in de diverse stappen die hebben geleid tot de strafrechtelijke zaak zouden moeten hebben.

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

In het strafrecht zijn momenteel vrijwel geen mogelijkheden om algemene of groepsbelangen aan de kaak te stellen. De enige mogelijkheid voor rechtspersonen is om een artikel 12 procedure te beginnen. Het is niet uitgesloten dat bij Big Data processen het mogelijk zou zijn voor rechtspersonen om een klacht in te dienen, voor zover de klacht volgt uit de statutaire doelstellingen en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden. Een organisatie kan dan een klacht indienen als een strafbaar feit zou zijn gepleegd. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan (culpoze) gegevensbeschadiging of het onrechtmatig overnemen van gegevens, maar ook aan discriminatie. Het ligt niet direct voor de hand om gebreken in Big Data-toepassingen via het strafrecht aan te pakken, maar uitgesloten is het ook niet. Zelfs zou het kunnen voorkomen dat de overheid zelf strafrechtelijk wordt vervolgd voor schendingen van strafrechtelijke bepalingen, maar dit lijken voorsnog hypothetische vergezichten.

⁴¹⁶ 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.

De voor dit onderzoek geïnterviewde rechtspersonen die bekend zijn met het voeren van rechtszaken in het algemeen belang geven dan ook aan dat zij nimmer hebben getracht een procedure binnen het strafrecht te voeren. De kansen op succes worden laag ingeschat en de touwtjes worden uit handen gegeven. Daarmee verliest de partij een strategisch voordeel, onder meer omdat het de uiteindelijke aanklacht niet kan formuleren en minder zeggenschap heeft over de gekozen argumentatie.

Wil de wetgever op dit punt bredere mogelijkheden introduceren dan zou hij kunnen kijken naar het Franse rechtssysteem. Dat vergt evenwel een zeer ingrijpende herziening van het strafprocesrecht zoals dat in Nederland van oudsher geldt. Het Franse strafprocesrecht verschilt fundamenteel van het Nederlandse strafprocesrecht. Waar Nederland het vervolgingsmonopolie heeft toegekend aan het Openbaar Ministerie, is er onder Frans recht zowel een *action publique* als een *action civile* mogelijk. Zoals de naam al doet vermoeden is de publieke actie vervolging door het Openbaar Ministerie en civiele actie vervolging door een private partij. Deze private partij betreft hoofdzakelijk het slachtoffer. Meestal voegt deze zich op grond van de civiele actie in de zaak van het Openbaar Ministerie om schadevergoeding te eisen.

Hoewel er onder het Nederlands recht in artikel 51f Sv ook de mogelijkheid is voor benadeelden om zich in de strafzaak te voegen teneinde schadevergoeding te eisen, is deze mogelijkheid beperkter dan onder het Franse strafprocesrecht. Ten eerste hoeft het initiatief onder Frans recht niet van het Openbaar Ministerie uit te gaan. Ten tweede is de civiele actie in het Frans wetboek van strafvordering toegekend aan verschillende verenigingen. Op grond van artikel 2-1 tot en met 2-21 van de Code de procédure pénale heeft een scala aan verenigingen de bevoegdheid een actie aanhangig te maken in het collectief belang, wanneer het belang waar zij voor opkomen in het geding is. Het gaat dan bijvoorbeeld om racisme, seksueel geweld, misdrijven tegen de menselijkheid of dierenmishandeling. Onder de *action civile* hebben normaal alleen partijen die getroffen zijn door het delict de mogelijkheid vervolging in te stellen.

Op grond van artikel 2-1 tot en met 2-21 van de Code de procédure pénale hoeven de verenigingen echter niet persoonlijk getroffen te zijn om vervolging in te stellen, zij zijn immers bevoegd op grond van hun taak tot bescherming van het collectief belang dat in het geding is. Voorheen werd alleen gecertificeerde verenigingen toegestaan om een actie te starten onder het strafrecht in het collectief belang. In de Franse jurisprudentie is dit criterium echter steeds meer losgelaten. Verenigingen die geen overheids-certificering hebben wordt ook in toenemende mate toegestaan acties te starten.

Als minder verstrekkend en ingrijpend alternatief zou kunnen worden gekozen voor het mogelijk maken van een voeging die niet gericht is op schadevergoeding, maar voeging door belangenorganisaties die menen dat een bepaalde Big Data toepassing heeft geleid tot een ongewenst effect in het strafproces van een verdachte. De rechtspersoon neemt dan niet het initiatief tot een zaak tegen een verdachte noch is deze zelf de verdachte. Wel kan de organisatie zich in een zaak voegen om de rechter duidelijk te maken dat in het kader van het voor het strafdossier relevante onderzoek gebruik is gemaakt van Big Data technieken die negatieve effecten kunnen hebben in termen van een eerlijk proces, het non-discriminatiebeginsel en de betrouwbaarheid van bewijs. Zij kan expertise op dit gebied toevoegen aan de strafzaak en zo een punt naar voren brengen dat de specifieke strafzaak overstijgt. Wel zou hierbij als eis moeten worden opgenomen dat de verdachte akkoord gaat

met de voeging van de rechtspersoon, zodat de rechtspersoon geen argumenten aanvoert die de verdediging van de verdachte doorkruisen.

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

Zowel uit de literatuur als uit de gehouden interviews blijkt dat voor veel partijen openheid omtrent algoritmen, input data en controle op de uiteindelijke uitkomsten van wezenlijk belang zijn. Met name bij automatische besluitvorming is het van belang dat duidelijk is waarom en hoe besluiten tot stand komen. De Algemene Verordening Gegevensbescherming geeft in artikel 13 het brede kader op dit punt, onder meer door transparantie te eisen over automatische besluitvorming en *profiling*; daarbij moet de partij die *profiling* toepast nuttige informatie geven over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de burger. Artikel 22 AVG stelt daarbij dat de burger in principe niet onderworpen mag worden aan puur automatische besluitvorming, als er juridische consequenties zijn verbonden aan dat besluit of andere substantiële gevolgen. In de strafrechtelijke context gelden vergelijkbare uitgangspunten, met minder informatierechten naar betrokkenen toe, conform de zogenoemde politie richtlijn.

Het kabinet heeft de noodzaak omtrent transparantie van algoritmische besluitvorming altijd onderstreept. Wel heeft het zich op het standpunt gesteld dat het voor deze transparantie niet per se noodzakelijk is om de algoritmen ook zelf openbaar te maken. ‘Zoals beschreven, hanteren overheidsdiensten soms wel honderden tot zelfs duizenden algoritmen. Het lijkt hier veelal om betrekkelijk simpele algoritmen in de vorm van een beslisboom te gaan die een één-op-één vertaling vormen van wetgeving en beleidsregels, die beide gepubliceerd zijn. Openbaarmaking van de beslisregels van het algoritme zou in dergelijke gevallen weinig tot niets toevoegen, maar wel extra uitvoeringslasten meebrengen. Dit effect mag naar mijn oordeel niet worden onderschat. De overheid gebruikt echter ook complexere algoritmen, die niet louter een één-op-één-vertaling van wetgeving en beleidsregels geven. Vooral met het oog op dergelijke algoritmen is het van belang dat een bestuursorgaan in geval van geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming verplicht is zorg te dragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van in deze algoritmen gemaakte keuzes, gedane aannames en gebruikte gegevens. Juist dan kan het algoritmen betreffen waarop de motie betrekking heeft: algoritmen die een aanmerkelijke impact op burgers hebben. Overigens geldt dat verstrekking van informatie over gebruikte algoritmen achterwege kan blijven als bepaalde in wetgeving opgenomen gronden (waaronder nationale veiligheid) daartoe noodzakelijk.’⁴¹⁷

Uit de kabinetsreactie blijkt dat er soms geen openheid van zaken kan worden gegeven over algoritmen, de gebruikte data en de uitkomsten van de statistische analyses omdat dit in strijd zou zijn met belangen gerelateerd aan de nationale veiligheid en de openbare orde. Het argument is dat openbaarheid omtrent deze zaken inzicht kan geven in de werkwijze en kennispositie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de nationale politie; dit inzicht kan door kwaadwillenden worden misbruikt om opsporing en handhaving te omzeilen. Dit uitgangspunt kan knellen als algoritmische besluitvorming en Big Data analyses wel worden gebruikt in het kader van opsporing en onderzoek en relevant is voor het strafdossier van een burger. De burger kan dan worden berecht op basis van informatie waar hij zelf geen toegang toe heeft. Dit kan leiden tot een Kafkaësk gevoel bij de burger. In de praktijk kan de

⁴¹⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 26 643, nr. 570.

verdediging van de verdachte tot op zekere hoogte wel inzicht krijgen in de informatie die tot een bepaalde strafvorderlijke beslissing heeft geleid, maar het is vanuit het beginsel van *equality of arms* en het recht op een eerlijk proces van belang dat meer precies kan worden gezien hoe tot een bepaald besluit gekomen is. Mede daarom kwam de commissie-Koops onlangs nog met de volgende aanbeveling: ‘de wetgever dient aandacht te besteden aan geautomatiseerde data-analyse in het moderniseringstraject in brede zin, en daarbij de mogelijkheid te overwegen in het Wetboek van Strafvordering de momenteel impliciete eis van uitlegbaarheid van strafvorderlijke beslissingen te expliciteren indien deze beslissingen (mede) op geautomatiseerde data-analyse worden gebaseerd.’⁴¹⁸

Als de wetgever op dit punt extra bescherming zou willen introduceren dan zou het inspiratie kunnen vinden bij de figuur van de *special advocate*, zoals die onder meer in het Britse recht bekend is. De *special advocate* is een advocaat die een persoon verdedigt of vertegenwoordigt in rechte, maar niet is aangesteld door die persoon noch directe instructie van diegene ontvangt. De *special advocate* is bevoegd om het bewijs in te zien dat een verdachte, vaak vanwege staatsveiligheid, niet mag inzien, en kan dan namens de verdachte spreken en handelen. Deze *special advocates* zijn gespecialiseerde advocaten die een veiligheidsonderzoek hebben ondergaan en worden benoemd door de *Attorney General*.

In deze zin zou de *special advocate* in Nederland kunnen worden geïntroduceerd in de Big Data context; deze speciale advocaat zou dan toegang kunnen krijgen tot de algoritmen, input data en uitkomsten van analyses die niet vrij kunnen worden gegeven uit overwegingen van nationale veiligheid of redenen van de afscherming van opsporingsmethoden ter waarborging van de werking daarvan. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in een in te voegen regeling in Titel III (De raadsman) van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de figuur van de *special advocate* omstreden is en alleen legitiem is als er een absolute noodzaak is om de verdachte geen toegang te geven tot de onderliggende stukken en informatie die verband houden met zijn eigen rechtszaak. Het uitgangspunt zou transparantie moeten zijn, de inzet van de *special advocate* betreft een uitzonderingssituatie. Er dient dan ook aandacht te worden besteed aan de voorwaarden voor het beroepen op het niet kunnen bieden van deze informatie aan de verdediging. Er zal een orgaan moeten zijn dat kan toetsen of de informatie inderdaad niet in de rechtszaak kan worden gebracht wegens nationale veiligheid of opsporingsbelangen. Dit zou de strafrechter zelf kunnen zijn. Of wellicht zou hier een externe toetsingscommissie een rol kunnen spelen.

De verdachte krijgt een advocaat toegewezen die namens hem het woord voert, terwijl hij geen invloed heeft op het handelen van deze advocaat. De procesautonomie van de verdachte wordt dus ingrijpend beperkt. Daarnaast zijn er de waarborgen binnen het procesrecht die de belangen van de verdachte juist dienen te beschermen. Deze zouden niet uitgehold moeten worden door de inzet van een *special advocate*. Zo is er het probleem dat de verdachte het recht wordt onthouden om feiten te betwisten, terwijl hij soms als enige de persoonlijke achtergrond en kennis heeft om te weten of bepaalde aantijgingen kloppen of om een alibi te verschaffen. De accuraatheid van het bewijs en van de uiteindelijke beslissing kunnen dan ook in het geding komen.

Naast het strafrecht zou de *special advocate* ook een rol kunnen spelen binnen het bestuursrecht. In het bestuursrecht is op grond van de recente Aeries rechtszaak omtrent het

⁴¹⁸ 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.

PAS systeem het uitgangspunt dat beslisregels openbaar kunnen worden gemaakt zonder het algoritme bloot te leggen en dat men zich niet achter het systeem kan verschuilen dat de beslissing heeft genomen. Wanneer bepaalde informatie toch niet wordt gedeeld met de betrokkene kan de rechter op grond van artikel 8:29 Awb toetsen of er een gerechtvaardigd belang is om informatie niet bekend te maken aan eiser. De *special advocate* zou een figuur kunnen zijn dat betrokken wordt in de besluiten om informatie niet bekend te maken. De informatie zou dan met de *special advocate* kunnen worden gedeeld, die deze informatie dan niet verder met bijvoorbeeld belanghebbenden mag delen, maar wel zou kunnen toetsen of de informatie terecht buiten de procedure is gehouden.

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

Het bestuursrecht zal in de toekomst belangrijker worden voor het adresseren van vraagstukken omtrent Big Data processen. Dat heeft globaal twee oorzaken. Ten eerste is er een verschuiving waar te nemen van strafrechtelijke inzet van informatie en bevoegdheden naar een bestuursrechtelijke inzet. Daarbij moet worden opgemerkt dat binnen het bestuursrecht de burger vaak minder rechtsbescherming toekomt dan binnen het strafrecht. In het strafrecht wordt traditioneel een vrijheidsbeperkende maatregel van te voren aan een magistraat voorgelegd, terwijl dit in het bestuursrecht vaak pas achteraf geschiedt; in het strafrecht heeft de verdachte sterkere rechten op openheid en transparantie en in het strafrecht is er een volle rechterlijke toetsing, terwijl het binnen het bestuursrecht soms gaat om een marginale toets. Ten tweede heeft de Hoge Raad in de paspoortzaak geoordeeld dat (rechts)personen niet ontvankelijk zullen worden verklaard in een algemeen belangactie in het civielrecht als voor direct belanghebbenden bezwaar en beroep openstaat bij de bestuursrechter. Omdat dit vaak het geval zal zijn bij overheidsorganisaties die gebruikmaken van Big Data processen bij beslissingen zal het bestuursrecht vaak een belangrijke rol spelen bij rechtszaken, terwijl procespartijen nu vaak de voorkeur geven aan het civielrecht vanwege de beperkingen die er nu gelden voor toetsing binnen het bestuursrecht.

Daarom is het belangrijk om het bestuursrecht zo vorm te geven dat procespartijen daarmee goed uit de voeten kunnen. Daarbij kan een aantal aanpassingen wenselijk zijn.

Ten eerste is er het relativiteitsvereiste uit artikel 8:69a Awb dat stelt: ‘De bestuursrechter vernietigt een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.’ Abstracte toetsing wordt hiermee beperkt, wat wordt verstrekt door de centrale rol van de belanghebbende in het bestuursrecht. Dit terwijl Big Data processen vaak geen direct effect hebben op een specifieke burger en geen individualiseerbaar belang oplevert.

Ten tweede is het van belang dat burgers in principe geen bezwaar en beroep kunnen aantekenen ten aanzien van feitelijke handelingen. Onder artikel 1:2 lid 1 Awb wordt belanghebbende immers verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken en volgens artikel 1:3 lid 1 Awb wordt onder besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Hetzelfde obstakel geldt voor voorbereidingshandelingen, zo volgt uit 6:3 Awb: ‘Een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit is niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.’ In Big Data processen worden op basis van risicoprofielen

beslissingen genomen over vervolgonderzoek en worden feitelijke handelingen genomen, die niet noodzakelijkerwijs een rechtshandeling met zich mee hoeven te brengen. Zo kan het gaan om verdere informatievergaring door middel van huisbezoeken of screening op wijkniveau. Ook kan het wenselijk zijn om, als de wijze waarop gegevens worden verzameld of geanalyseerd bijvoorbeeld een bias vertoont of disproportioneel is en daar belangrijke maatschappelijke vraagstukken mee gemoeid zijn, zoals het gevaar voor discriminatie, stigmatisering en sociale stratificatie, een juridische ingang te bieden aan burgers en rechtspersonen die dergelijke problematiek al in een vroegtijdig stadium aan de rechter wensen voor te leggen, bijvoorbeeld om eventuele schade en mogelijke misstanden te voorkomen.

Ten derde en wellicht de belangrijkste mogelijke aanpassing, die ook het vaakst is genoemd in de voor dit onderzoek bestudeerde literatuur, de gehouden interviews en de workshops, is dat bij Big Data processen juist ook de beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, die zijn gebaseerd op Big Data processen, een belangrijke rol spelen. Juist in de eerste en tweede fase, dat wil zeggen waar gegevens worden verzameld en geanalyseerd, worden beleid en avv's ontwikkeld op basis van data, terwijl het moeilijk is voor burgers en rechtspersonen om hier in juridische zin tegen op te komen als zij menen dat het beleid of de avv's bijvoorbeeld zijn gebaseerd op een onbetrouwbare database, een algoritme met een bias of een impliciet stigmatiserende uitwerking kan hebben. Toch kan het wenselijk zijn om als er een misstand wordt geconstateerd deze reeds in dat stadium te adresseren, nog voordat een beleidsregel wordt toegepast in de praktijk. Om dit mogelijk te maken zou de bepaling uit artikel 8:3 Awb, in ieder geval voor algemeen belangacties in de Big Data context, moeten komen te vervallen.

Artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt: '(1) Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit: (a.) inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel, (b.) inhoudende de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel, (c.) inhoudende de goedkeuring van een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel of de intrekking of de vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. (2.) Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling.' Juist bij acties in het algemeen belang zou echter een dergelijke toetsing voor de hand liggen.

De Nederlandse rechtspraak is zo gegroeid dat veel vraagstukken die inhoudelijk gezien eerder bij de administratieve rechter thuishoren, over kwaliteit van wetgeving, behoorlijk overheidsbestuur en de eventuele strijdigheid van wetgeving met de rechten van de mens nu onder het civielrecht worden behandeld. Daarbij komt dat door de eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad in de paspoortzaak, het bestuursrecht de komende periode vermoedelijk juist meer gebruikt zal moeten worden in zaken die draaien om een collectief of algemeen belang. Daaraan gelieerd is het feit dat geïnterviewden een verschuiving waarnemen van het strafrecht naar het bestuursrecht. Bijvoorbeeld bij de inzet van contraterrore wordt een verschuiving gesignaleerd van strafrechtelijke inzet van informatie en bevoegdheden naar een bestuursrechtelijke inzet (bijvoorbeeld een gebiedsverbod/uitreisverbod op basis van een ambtsbericht).

Gelet op deze punten zou het kabinet kunnen overwegen het initiatief te nemen om het bestuursrecht te hervormen, zodat het beter is toegerust om zaken in het collectief en algemeen belang te voeren. Eén van de punten die in de literatuur het vaakst worden genoemd

is hetgeen is bepaald in artikel 8:3 AWB. Eind 2017 vatte Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven de discussie hieromtrent als volgt samen:

‘Hoewel dat vermoedelijk ook te maken heeft met mijn selectie, biedt de literatuur vooral ondersteuning voor een minder terughoudende rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften. De willekeursluis van Landbouwwliegers wordt soms expliciet (Polak) en meestal impliciet te strikt geacht. Opvallend is dat de argumenten die eind jaren tachtig voor dit standpunt werden aangevoerd inhoudelijk grote gelijkenis vertonen met recent aangevoerde argumenten. Startpunt van de redenering is dat formele wetgeving, die nog wel democratisch gelegitimeerd wordt geacht, is “geïnstrumentaliseerd” en zich veelal beperkt tot het bieden van een wettelijke delegatiegrondslag voor nadere regelgeving die door het “partijdige” bestuur, waarvoor die legitimatie niet of in veel minder mate geldt, kan worden vastgesteld, (Polak, Van Male, Scheltema, De Poorter & Capkurt, Hirsch Ballin). Volgens recente literatuur is er in Nederland in zoverre sprake van een “administrative state”. De volgende stap is dat het bestuur steeds vaker werkt met algemene regels, die de vergunningsbevoegdheid vervangen waardoor de daarvoor geldende rechtsbescherming wegvalt (De Poorter & Capkurt, Schueler). Of, zoals dit eind jaren tachtig werd gesteld, het is een kwestie van wetgevingstechniek of een bepaalde norm wordt opgelegd door een algemeen verbindend voorschrift of een beschikking (Polak, Van Buuren). Aldus trekt het bestuur de macht naar zich toe, wordt de rechter op afstand gezet en laat de volksvertegenwoordiging dit gebeuren (Schueler).

Gelet op deze ontwikkelingen is er geen goede reden om algemeen verbindende voorschriften wat betreft de rechterlijke toetsing principieel anders te benaderen dan andere besluiten (Polak, Van Male, de regering eind jaren tachtig). Integendeel, een principiële judicial restraint tegenover deze voorschriften wordt afgewezen, omdat de rechter juist compensatie moet bieden voor het democratisch legitimitetsdeficit, dat door de hiervoor geschetste ontwikkeling is ontstaan (Hirsch Ballin, De Poorter, Schuurmans). Enig tegenwicht aan deze beschouwingen biedt Schreuder-Vlasblom, die nog wel waarde hecht aan de (indirecte) democratische legitimatie van (ook) gedelegeerde regelgeving en bovendien stelt dat die legitimatie niet uitwisselbaar is met individuele rechtsbescherming. Overigens stelt zij ook dat de rechter geen legitimatie kan ontlenen aan onverbindend te achten regelgeving.⁴¹⁹

Een inperking of afschaffing van artikel 8:3 AWB zou aansluiten bij het pre-advies voor de Jonge VAR dat Stolk schreef. Zij stelde concluderend: ‘Ik volsta hier daarom met het kort benoemen van een aantal procesrechtelijke wijzigingen die het voor belangenorganisaties makkelijker zouden maken om hun bovenindividuele geschil aan de rechter voor te leggen. Zo zou met het openstellen van beroep tegen algemene regels (en dus afschaffing van art. 8:3 Awb) de “lokettenkwestie” voor een groot deel worden opgelost, en bovendien de mogelijkheid geopend om reële, bovenindividuele geschillen, die niet passen binnen de huidige “Awb-mal” waarin het individuele uitvoeringsbesluit centraal staat, effectief aan de rechter te kunnen voorleggen.’⁴²⁰

Dergelijke voorstellen stuiten al jaren op de nodige politieke en wetenschappelijke weerstand. Als alternatief voor het schrappen van artikel 8:3 Awb, in ieder geval voor de Big Data context, zou de wetgever ervoor kunnen kiezen om een lid aan dit artikel toe te voegen met de

⁴¹⁹ Conclusie staatsraad advocaat-generaal over exceptieve toetsing, Raad van State 22-12-2017
ECLI:NL:RVS:2017:3557

⁴²⁰ R. Stolk, ‘De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties’, Preadvies Jonge VAR.

strekking dat leden 1 en 2 niet van toepassing zijn in zaken die worden gevoerd op basis van procedures in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb. Daarmee is de toetsing van Algemeen Verbindende Voorschriften en beleidsregels door de bestuursrechter alleen toegestaan in zaken waarin professionele rechtspersonen een zaak in het collectief of algemeen belang hebben ingediend en zij ontvankelijk zijn verklaard.

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

Uit de interviews die zijn gehouden voor dit onderzoek blijkt dat misschien het grootste knelpunt dat rechtspersonen ervaren voor het voeren van zaken in het algemeen belang niet is gelegen in wetgeving maar in een praktisch punt: de kosten. Dit euvel kan op verschillende wijze worden geadresseerd, zoals het vaststellen van een bedrag voor immateriële schade bij Big Data gerelateerde inbreuken of het verruimen van de mogelijkheid voor opt-out procedures (reguleringsoptie IV). Anderzijds zou een processenfonds kunnen worden geschapen om acties in het collectief of algemeen belang te starten (reguleringsoptie XI). Daarnaast hebben ook het uitbreiden van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen (reguleringsoptie IX) en de uitbreiding van de mogelijkheid voor *amicus curiae* participatie (reguleringsoptie X) hier een positieve invloed op. De laatste twee reguleringsopties hebben daarnaast nog bijkomende voordelen, zoals hieronder zal worden toegelicht.

De kosten voor het voeren van zaken zijn voor veel partijen erg hoog en de lengte van bodemprocedures draagt daaraan bij. Daarom geven partijen 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. Soms wordt er daarom voor gekozen om eerst een kort geding te starten en pas naderhand een bodemprocedure te beginnen in het geval het kort geding geen succes heeft opgeleverd. Hierdoor wordt wel een snel resultaat geboekt, maar groeien de kosten. Een andere strategie die rechtspersonen daarom bewandelen in zaken in het algemeen belang is het aansturen op prejudiciële vragen. Zo kan in eerste aanleg toch al een uitspraak van de hoogste rechter worden verkregen.

Het meest bekend in deze zin zijn de prejudiciële vragen die aan het Hof van Justitie kunnen worden gesteld door een nationale rechter. Het doel van de prejudiciële beslissing is nationale rechters te helpen in het geven van oordeel over Unierecht door deze te voorzien van een beslissing over de interpretatie van Unierecht dat van toepassing is op de concrete zaak. Artikel 267 VWEU geeft het Hof niet de bevoegdheid te adviseren in hypothetische kwesties of over algemene vragen. Het initiatief voor het stellen van de prejudiciële vraag ligt dan ook bij de nationale rechters, niet bij de procespartijen. Sinds kort is het wegens Protocol 16 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ook mogelijk om prejudiciële vragen te stellen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de juiste interpretatie van het EVRM. Deze mogelijkheid is beperkt tot de hoogste rechtscolleges van een land en staat dus niet open voor rechtbanken en gerechtshoven.

Ook in Nederland bestaat de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. De in 2012 aangenomen Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad⁴²¹ paste het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan. Artikel 392 bepaalt nu dat de

⁴²¹ 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).

rechter in een procedure op verzoek van een partij of ambtshalve de Hoge Raad een rechtsvraag kan stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, ofwel indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de vordering of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is ofwel voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, ofwel voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. De Hoge Raad stelt daarbij de partijen in principe in de gelegenheid om hun standpunten naar voren te brengen.

In een evaluatie die over deze wet is verschenen komt een (zeer) positief beeld naar voren. Toch zijn er nog wel beperkingen. Eén daarvan houdt ook verband met de onderzoeksmaterie van dit rapport, namelijk dat de rechtsvraag relevant moet zijn voor een veelheid aan andere rechtszaken. Dit houdt verband met de totstandkoming van de wet, zo leggen de onderzoekers uit. ‘Binnen het ministerie werd in eerste instantie nog gedacht dat er geëxperimenteerd zou moeten worden met het stellen van prejudiciële vragen in het kader van (alleen) massavorderingen (doch niet die zaken welke via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) tot een algemeen verbindende schikking zouden leiden). Omdat het in dergelijke gevallen steeds om massale aantallen claims gaat, lag het op zichzelf voor de hand om juist daar te gaan experimenteren; een prejudicieel antwoord zou dan immers in één klap vele (duizenden) justitiabelen rechtszekerheid verschaffen, waardoor zij onder meer beter hun proceshouding zouden kunnen bepalen. Het grote probleem met deze op het eerste gezicht fraaie, hoewel slechts experimentele oplossing om de rechtsvorming in Nederland vooruit te helpen, was echter dat – paradoxaal genoeg – massaschadezaken, hoe omvangrijk deze op zichzelf ook zullen zijn, zich te weinig aandienen om voldoende “oefenstof” te bieden voor het stellen van, werken met, beantwoorden van en vooral ook wennen aan prejudiciële vragen. Daar komt nog bij dat zelfs als er zich al een massaschadezaak aandient, daar ook nog wel een “prejudiciële kwestie” aan moet kleven die zich ervoor leent om alvast aan de Hoge Raad voor te leggen. Dat zal niet steeds het geval zijn. Gegeven dit alles heeft de wetgever er alsnog voor gekozen om niet langer van een experiment uit te gaan, doch in plaats daarvan gewoon met het concept van de prejudiciële vragen aan de slag te gaan door de introductie van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter in brede zin, en dus niet louter voor massavorderingen. 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).⁴²²

Omdat de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen leidt tot meer rechtseenheid, minder toekomstige rechtszaken in soortgelijke gevallen en een kortere procedure zijn er plannen om een dergelijke procedure ook in het strafrecht in te voeren. De minister reageerde dan ook positief op het voornoemde rapport en stelde: ‘Ik ben alles overwegend tot het oordeel gekomen dat de mogelijkheid van een prejudiciële procedure in het strafrecht positief moet worden bezien. Ik zal op korte termijn de uitkomsten van het onderzoek bespreken met de betrokken belanghebbende partijen (OM, NOVA, RvdR, RvR en Hoge Raad). De uitkomsten van deze besprekingen neem ik mee in de modernisering van Boek 5 van het Wetboek van Strafvordering.’⁴²³ De mogelijkheid tot prejudiciële vragen is vervolgens niet in Boek 5, maar in het voorstel voor Boek 6 opgenomen.⁴²⁴ Het is de bedoeling om deze

⁴²² <https://www.wodc.nl/binaries/2631-volledige-tekst_tcm28-124547.pdf>.

⁴²³ Onderwerp Onderzoek prejudiciële vragen Hoge Raad 28 september 2016

⁴²⁴ <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-6-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-bijzondere-regelingen>>, voorgesteld artikel 6.2.3.1 e.v.

mogelijkheid via een Innovatiewet Strafvordering vanaf 2021 reeds in experimentvorm mogelijk te maken.⁴²⁵

De wetgever zou, om het gesignaleerde knelpunt te adresseren, kunnen kiezen om de regeling rond prejudiciële vragen verder te verruimen op twee punten. Ten eerste 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 paspoortzaak. 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. Ten tweede is de huidige regeling omtrent prejudiciële vragen geënt op zaken waar een rechtsvraag speelt die voor veel andere rechtszaken van belang is. Dit betekent dat er door middel van een prejudiciële beslissing in één keer een antwoord kan worden gegeven op een rechtsvraag die in vele zaken speelt. Zo'n benadering is bij uitstek van toepassing op zaken met een collectief belang en massaclaims. Het is echter niet direct van toepassing op vraagstukken in het algemeen belang. In dergelijke situaties wordt doorgaans één rechtszaak gevoerd, waar een vraagstuk dat raakt aan een algemeen belang door de rechter wordt beoordeeld. Daarbij zou kunnen worden overwogen om de procedure rond prejudiciële vragen ook open te stellen voor rechtszaken die worden gevoerd in het algemeen belang.

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

Zoals genoemd zijn de kosten voor het voeren van een rechtszaak voor procespartijen nu het grootste obstakel. Dit obstakel kan verkleind worden door het uitbreiden van de mogelijkheden omtrent het stellen van prejudiciële vragen, zoals is beschreven in reguleringsoptie IX. Ook kan worden gedacht aan het creëren van een speciaal fonds, zoals hierna zal worden toegelicht. Een andere, al dan niet aanvullende, optie in dit kader is het uitbreiden van de mogelijkheden rond *amicus curiae* participatie. Deze vorm is bekend in Angelsaksische landen en wordt ook gebruikt door onder meer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Er zijn meerdere redenen om derden de mogelijkheid te geven om te interveniëren, bijvoorbeeld om van meer expertise en kennis gebruik te kunnen maken en omdat zaken die draaien rond individuele klachten van individuele belanghebbenden soms ook een groter, maatschappelijk vraagstuk betreffen. Voor de vrienden van het hof betekent het dat zij zich kunnen uitspreken over aan de zaak gerelateerde vraagstukken, zonder dat daarbij proceskosten worden gemaakt.

In Nederland is nu reeds tot op zekere hoogte de mogelijkheid van *amicus curiae* participatie in het recht vervat. Zo bepaalt het eerste lid van artikel 8:45a Algemene wet bestuursrecht: 'De Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt kunnen, niet optredende als partij, schriftelijke opmerkingen maken krachtens artikel 15, derde lid, eerste alinea, van de in artikel 8:45, vierde lid, genoemde verordening indien zij de wens daartoe te kennen hebben gegeven. De bestuursrechter kan daarvoor een termijn vaststellen.' Daarnaast zijn ook in sectorspecifieke regelgeving dergelijke mogelijkheden opgenomen.

Momenteel heeft de Raad van State een proef lopen om de *amicus curiae* participatie uit te breiden. Al na drie rechtszaken waarin deze rechtsfiguur is toegepast is er een lijvig rapport

⁴²⁵ Vijfde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering en update van de Contourennota, 9 april 2019, p. 4 <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2019/04/09/tk-voortgangsrapportage-modernisering-wetboek-van-strafvordering-en-update-van-de-contourennota>>.

ter evaluatie verschenen. Met name uit de voor deze evaluatie gehouden enquête komt een positief beeld naar voren. ‘Daaruit blijkt dat de inzet van de *amicus curiae* door de procespartijen én amici in het algemeen (zeer) positief wordt gewaardeerd. Zo blijkt dat alle procespartijen zich achter deze ontwikkeling in de praktijk van de Afdeling scharen én het goed vinden dat in hun zaak is gekozen voor de inzet van de *amicus curiae*. Verdeeldheid bestaat onder de procespartijen en amici over het effect op de legitimiteit in de zin van (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak. Het algemene gevoel is dat de *amicus curiae* de legitimiteit versterkt doordat hiermee mogelijk wordt dat met de Afdeling wordt ‘meegedacht’ (participatie) en dat de transparantie van het proces van rechtsvorming door de Afdeling verbetert, mits althans de inzet van de *amicus curiae* wordt gemotiveerd in de uitspraak en hierin tevens wordt aangegeven wie inlichtingen hebben verstrekt en welke rol de inlichtingen hebben gespeeld in de oordeelsvorming. Zo bezien lijkt de relatie tussen de *amicus curiae* en legitimiteit in elk geval gelegen in (meer) participatie en transparantie.’⁴²⁶

Toch is het rapport voorzichtig. Het stelt onder meer dat de inzet van de *amicus curiae* een standaard aandachtspunt moet worden in de instructiefase van zaken, maar dat daarbij wel goed moet worden bedacht wat precies het doel is waarvoor de *amicus curiae* wordt ingezet: een schets van de juridische context of inzicht in de maatschappelijke gevolgen van de te nemen rechterlijke beslissing? Het rapport stelt voor om in de uitnodiging aan de *amicus curiae* een gerichte vraag te formuleren tegen de achtergrond van het doel waarvoor de *amicus* wordt ingeschakeld. Wel wordt er gesuggereerd dat nadat de *amicus*brieven zijn ingediend, de partijen de gelegenheid zouden moeten krijgen daarop binnen een termijn van vier weken te reageren en dat de rechter de bevoegdheid dient te hebben één of meer *amici curiae* op de zitting te horen in aanwezigheid van partijen.

De wetgever zou ervoor kunnen kiezen om de mogelijkheden voor *amicus curiae* participatie op twee manieren uit te breiden. Ten eerste zou een dergelijke mogelijkheid niet alleen kunnen worden gebruikt in het bestuursrecht, maar ook in het strafrecht en het civielrecht. Ten tweede lijkt er nu nog aarzeling te bestaan ten aanzien van de toepassing van een dergelijke rechtsfiguur, juist als het gaat om zaken in het algemeen belang, zo bleek uit de bovengenoemde evaluatie waarvoor ook staatsraden zijn geïnterviewd. ‘Wat betreft de doelen waarvoor de *amicus curiae* kan worden ingezet, merken wij nog op dat in de interviews door verschillende staatsraden naar voren is gebracht dat de *amicus curiae* aan bepaalde grenzen is gebonden. Zo gaf een staatsraad aan dat in politiek of maatschappelijk zeer gevoelige zaken 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.’⁴²⁷

Er zou op dit punt het initiatief kunnen worden genomen om een dergelijke rechtsfiguur wel toe te passen in zaken die draaien om politiek gevoelige materie. Veel Big Data projecten raken nu juist aan politiek en maatschappelijk gevoelige vragen, rechtstatelijke knelpunten en principes van legitimiteit en legaliteit. Omdat de concrete schade of gevolgen van Big Data projecten vaak lastig te duiden zijn, heeft het juist bij rechtszaken ten aanzien van dergelijke

⁴²⁶ J. C. A. de Poorter, L. A. van Heusden en 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’, <<https://www.njb.nl/Uploads/2018/10/evaluatie-van-de-amicus-curiae.pdf>>.

⁴²⁷ J. C. A. de Poorter, L. A. van Heusden en 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’, <<https://www.njb.nl/Uploads/2018/10/evaluatie-van-de-amicus-curiae.pdf>>.

projecten de grootste potentiële meerwaarde om gebruik te kunnen maken van informatie van kenniscentra en gespecialiseerde rechtspersonen als vrienden van het hof.

Dergelijke uitbreiding van de rol van *amicus curiae* zou aansluiten bij het beleid van Minister Dekker die het mogelijk wil maken dat de hoogste bestuursrechters anderen dan de direct betrokken partijen kunnen laten meedenken bij een bepaalde zaak. Door die inbreng van anderen kunnen de rechters een beter en breder zicht krijgen op de mogelijke maatschappelijke gevolgen van een te nemen beslissing, zo gaf de Minister van Rechtsbescherming aan tijdens de Scheltema-lezing. ‘Ik denk dat het instrument van meedenkers een bijdrage kan leveren aan een maatschappelijk effectiever bestuursrecht’.⁴²⁸

Reguleringsoptie XI: Creëer een processenfonds voor de Big Data context

Zoals gezegd is het voor veel burgerrechtenorganisaties (evenals voor burgers) kostbaar om een rechtszaak te voeren. Zelfs de bekendste burgerrechtenorganisaties op het gebied van privacy en moderne data-technologieën, Bits of Freedom en Privacy First, worstelen met het waarborgen van financiële middelen. Een rechtsvergelijkend onderzoek gaf dan ook aan dat de Nederlandse situatie op dit punt schril afsteekt ten opzicht van tal van andere Europese landen.

‘In alle onderzochte landen zijn burgerrechtenorganisaties die zich hierop toeleggen aanwezig, maar hun budgetten en invloeden wisselen nogal. Aan de ene kant van het spectrum zitten landen met organisaties met een beperkt budget en een beperkte invloed. In Zweden heeft de DFRI geen staf, ongeveer 80 vrijwilligers, een budget van circa 10.000 euro per jaar en naar eigen zeggen weinig invloed. In Roemenië is het beeld vergelijkbaar: er zijn weliswaar veel van deze burgerrechtenorganisaties, maar die hebben slechts beperkte publieke steun en beperkte invloed. Ook de Nederlandse organisaties Bits of Freedom, Privacy First, de Vereniging voor Privacyrecht en het NJCM zijn alle betrekkelijk kleine organisaties met kleine budgetten (ordegrootte 100.000 euro per jaar). Ondanks de geringe omvang en budgetten lukt het met name Bits of Freedom en Privacy First regelmatig media-aandacht te trekken. Het NJCM schrijft schaduwrapportages voor de VN waarmee internationale invloed wordt uitgeoefend. Aan de andere kant van het spectrum zitten landen met organisaties met veel ruimere budgetten en veel meer invloed. In Duitsland zijn er veel burgerrechtenorganisaties actief (CAC, GPA, NDPE, ADPDS, Stiftung Datenschutz).

Deze organisaties beschikken in sommige gevallen ook over veel ruimere budgetten. Bijvoorbeeld de Stiftung Datenschutz kreeg bij de oprichting in 2013 een startkapitaal van 10 miljoen euro mee van de rijksoverheid. De Duitse burgerrechtenorganisaties gelden tevens als invloedrijk met betrekking tot wetgeving en regulering en het publieke debat. Ook in het Verenigd Koninkrijk zijn de burgerrechtenorganisaties professioneel, met name Big Brother Watch en Privacy International. Privacy International is wereldwijd bekend (onder meer vanwege de wereldwijde privacy rankings), heeft een jaarlijks budget van 1,4 miljoen Britse ponden, publiceert kwalitatief goede onderzoeksrapporten (onder meer voor de VN) en heeft serieuze invloed op het politieke en maatschappelijke debat. In Frankrijk is het speelveld van burgerrechtenorganisaties verdeeld over meerdere spelers, waarvan La Quadrature de grootste organisatie is.

⁴²⁸ NJB 2019/357.

Vergeleken met de Duitse en Britse organisaties, heeft La Quadrature een beperkter budget (320.000 euro in 2017), maar ook deze burgerrechtenorganisatie kan als professioneel worden omschreven. De Franse burgerrechtenorganisaties hebben aanzienlijke invloed op het publieke debat. In deze vergelijking valt op dat Nederland weliswaar een redelijk aantal burgerrechtenorganisaties kent op het vlak van bescherming van privacy en persoonsgegevens, maar dat de budgetten en de invloed in vergelijking met andere landen bescheiden zijn. Dit zorgt voor een speelveld waarin de continuïteit niet is gegarandeerd: bijvoorbeeld in de periode 2006-2009 moest Bits of Freedom de activiteiten opschorten vanwege een gebrek aan financiën. Ook zijn de organisaties weinig bekend (18% van de Nederlanders heeft gehoord van Bits of Freedom, 13% van Privacy First).⁴²⁹

In interviews is verwezen naar tal van manieren om kosten te dekken zoals het actief werven van burgers voor massaclaims, het starten van massaclaims in verband met immateriële schade bij grootschalige dataverwerkingsinitiatieven (bijvoorbeeld een datalek dat duizenden burgers raakt) en crowdfunding, dat in sommige andere jurisdicties en rechtsdomeinen al tot succes heeft geleid. In hoeverre deze benaderingen succesvol zullen zijn in de Big Data context is op basis van dit onderzoek niet te zeggen, ook omdat de gevolgen van Big Data vaak vaag en abstract zijn. Daarnaast zijn er externe financiers die specifieke rechtszaken financieren of rechtspersonen die als kerndoelstelling hebben het voeren van dergelijke rechtszaken. Er is op EU-niveau een idee voor een proefprocessenfonds en ook is er een Digital Freedom fonds.⁴³⁰ Sommige partijen hebben daarbij financiering op lange termijn weten veilig te stellen, zodat zij een aantal jaren vooruit kunnen; andere rechtspersonen geven aan dat zij op ad-hoc basis fondsen proberen te werven. De laatste partijen worstelen dan ook soms met het commitment aan een rechtszaak die mogelijk jaren kan gaan duren en waarvoor de kosten van te voren moeilijk in te schatten zijn.

Omdat Big Data processen vaak tamelijk abstract en complex zijn is niet de verwachting dat individuele burgers een belangrijke rol zullen spelen in het aanpakken van eventuele problemen voor de rechter. Voorbeelden van rechtszaken die tot nu toe zijn gevoerd laten zien dat daar een klein aantal professionele organisaties bij betrokken is. Als de Nederlandse overheid van mening is dat sterke burgerrechtenorganisaties met juridische slagkracht een onderdeel vormen van een gezonde tegenmacht ten opzichte van de overheid in de Big Data context, dan zou zij kunnen overwegen om een Nederlands fonds op te zetten. 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 kunnen beslissen over de toekenning van dergelijke aanvragen.

Een andere benadering is om te kiezen voor een eenmalige donatie, waarna de stichting moet overleven op basis van de schadevergoedingen die worden toegekend in gewonnen procedures. Zulke figuren bestaan in een aantal landen, waaronder Canada. Het fonds selecteert kansrijke zaken, investeert daarin en vraagt dan een percentage van de toegekende gelden. Daarmee kan het vervolgens weer nieuwe zaken bekostigen. Daarbij moet wel een aantal punten worden aangetekend. Ten eerste lijkt zo'n model met name te werken voor collectieve acties en massaclaims en in mindere mate voor algemeen belangacties, waar

⁴²⁹ B. Custers et al., 'De bescherming van persoonsgegevens: Acht Europese landen vergeleken', Sdu Uitgevers: Den Haag, 2017.

⁴³⁰ <<https://digitalfreedomfund.org/>>.

zelden financiële compensatie wordt toegekend. Wil een dergelijk fonds ook werken voor algemeen belangacties, dan zou een oplossing kunnen worden gevonden in het introduceren van een privaatrechtelijke boete bij rechtszaken in het algemeen belang, waarbij de boete geheel of gedeeltelijk zou vloeien naar het fonds. Ten tweede zijn de schadevergoedingen in Nederland traditioneel vrij beperkt; het is de vraag of de bedragen die thans worden toegekend in zaken die draaien om immateriële schade als gevolg van een schending van een mensenrecht voldoende zouden zijn om een dergelijk fonds levensvatbaar te maken. Ten derde en tot slot is het gevaar van een dergelijke benadering dat een fonds ‘veilige’ keuzes maakt en er een financiële prikkel een rol gaat spelen, waardoor het algemeen en collectief belang niet meer de uiteindelijke doorslaggevende factor zijn. Om hier een oplossing voor te kunnen bieden zou kunnen worden overwogen om een standaardbedrag voor een mensenrechtenschending in de Big Data context vast te stellen, zoals besproken in reguleringsoptie IV.

Reguleringsoptie XII: Breid de mogelijkheden van handhavingsorganisaties en controlemechanismen uit

Handhavingsorganisaties als de Autoriteit Persoonsgegevens hebben een belangrijke rol in het behandelen van klachten. Elke klacht die de AP 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 toezichthouders die competentie hebben betreffende een deel van het Big Data proces voldoende geëquipeerd zijn om hun toezichtstaken uit te oefenen.

Eén reden om de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, waarop de Wet bescherming persoonsgegevens was geënt, te vervangen door de Algemene Verordening Gegevensbescherming betrof het gebrek aan sanctioneringsmogelijkheden. Alhoewel de materiële bepalingen grosso modo hetzelfde zijn gebleven, is met name geïnvesteerd in meer zelfregulering door middel van gegevenseffectbeoordelingen, functionarissen voor de gegevensbescherming en certificeringsmechanismen, maar ook in meer handhaving door de Autoriteit Persoonsgegevens, die niet alleen meer macht en middelen heeft gekregen, maar ook grotere boetebevoegdheden. Toch wijst veel erop dat de Autoriteit thans te weinig mankracht en financiële slagkracht heeft om al haar taken optimaal uit te voeren.

Een sterke waakhond op het gebied van privacy kan een belangrijke waarborg vormen voor het verantwoord gebruik maken van Big Data door de overheid. De Autoriteit is daarvoor de meest geschikte waakhond, omdat de meeste gegevens die in dergelijke processen worden gebruikt in origine persoonsgegevens zijn. Aleid Wolfsen stelt dan ook in een voor dit onderzoek gehouden interview: ‘Ook als data-analyses worden toegepast en een effect hebben op personen zelf dan zal de AVG van toepassing zijn; onder meer kan worden bekeken of er geen discriminatie of automatische besluitvorming plaatsvindt. De tussenfase, waar data worden geanalyseerd en geaggregeerd, zal de AP uiteraard ook niet links laten liggen; als de data aanvankelijk persoonsgegevens waren en de bedoeling is om de analyses in de praktijk te benutten dan ligt het voor de hand dat de AP ook op deze data-analyse toezicht zal houden. Daarbij is een belangrijk verschil met het strafrecht. Onrechtmatig verkregen sturingsinformatie hoeft niet automatisch te leiden tot onrechtmatig bewijs; met de AVG in de hand kan ook worden gekeken naar onrechtmatig verkregen, foutieve of discriminerende

sturingsinformatie.⁴³¹ Zoals gesteld in reguleringsoptie II is de controle op algoritmen en de voor data-analyse gebruikte informatie essentieel; als de Autoriteit ook dit aspect volledig zou oppakken, zou het kabinet kunnen overwegen meer middelen aan de Autoriteit ter beschikking te stellen om deze taak adequaat uit te voeren.

Daarnaast zou hij kunnen overwegen om Big Data processen van te voren te laten toetsen en goedkeuren door een onafhankelijke en multidisciplinaire commissie, waarin bijvoorbeeld een expert op het gebied van recht, op het gebied van statistiek, op het gebied van algoritmische besluitvorming en een domeinexpert zitting nemen. Daar zou dan kunnen worden beoordeeld welke doelen het project beoogt te bereiken, of de gekozen middelen relevant zijn en in hoeverre het voorgenomen project legitiem en proportioneel is. Deze Big Data evaluatie commissie zou als centraal punt voor Big Data projecten binnen de overheid kunnen fungeren, waarmee een deel van de veel binnen de overheid gesignaleerde problemen zou worden geadresseerd, namelijk dat nu elke overheidsdienst zelf het wiel moet uitvinden ten aanzien van Big Data projecten met betrekking tot vragen omtrent wat geoorloofd is en wat niet. Ook zou zo'n externe commissie na 3 jaar ieder project kunnen doorlichten om te bekijken of de beoogde doelen inderdaad behaald zijn en of er een aantoonbare causale relatie is met het Big Data project. Dit zou aansluiten bij reguleringsoptie III, namelijk het invoeren van horizonbepalingen bij Big Data projecten.

Tot slot zou de regering kunnen overwegen om een grotere rol toe te kennen aan ombudsmannen. In Nederland omringende landen bestaan er meer specialistische ombudsmannen, die op specifieke deelterreinen en onderwerpen actief zijn. De ombudsman heeft daar dan vaak diverse rollen. Het is voor de burger een aanspreekpunt en een loket om een klacht in te dienen, de ombudsman kan zich inspannen voor meer maatschappelijke bewustwording en educatie op een deelterrein en kan leidraden voor organisaties uitgeven. Ook kan hij soms op eigen initiatief onderzoek doen, doet hij uitspraken ten aanzien van klachten en kan hij sancties en boetes opleggen. Over het algemeen wordt de rol van de ombudsman als positief beschreven in de literatuur.

Ook in Nederland heeft Nationale ombudsman veel autoriteit en wordt de ombudsman gezien als laagdrempelig, gezaghebbend en hulpvaardig. De ombudsman kan de rol van mediator aannemen als het gaat om conflicten tussen burgers en overheden. Ook kan hij meedenken met wetgevingsprocessen en aanwezig zijn bij beleidsdiscussies. Zo kunnen rechtszaken worden voorkomen en wordt de druk op de rechterlijke macht verkleind. De regering zou kunnen overwegen om de rol van de ombudsman in de Big Data context prominenter te maken. Daarbij moet wel worden gelet op de verdeling in taken en bevoegdheden tussen de Nationale ombudsman en onder meer de Autoriteit Persoonsgegevens en het College voor de Rechten van de Mens.

De meest voor de hand liggende wijze om dit in te bedden zou zijn het creëren van een speciale ombudsman voor de Big Data context, die net als de Kinderombudsman onderdeel is van het bureau van de Nationale ombudsman, of het beleggen van een speciale taak op het gebied van Big Data bij de Nationale ombudsman. De taken van de ombudsman op het gebied van Big Data zouden met name kunnen zien op het bevorderen van transparantie, het verdiepen van het maatschappelijk bewustzijn middels educatieve activiteiten en het bemiddelen tussen natuurlijke en rechtspersonen die een klacht hebben over Big Data gebruik door de overheid en de desbetreffende overheidsinstantie.

⁴³¹ Zie het interview in bijlage 6.1.2.

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

Nederland kent van oudsher een toetsingsverbod in de Grondwet, zodat de rechter, in tegenstelling tot een aantal van de Nederland omringende landen, wetgeving in formele zin niet mag toetsen aan de grondwet. Artikel 120 van de Nederlandse Grondwet stelt: ‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’ Daarnaast bestaat er geen mogelijkheid om wetsvoorstellen voor te leggen aan een rechter; althans, succesvolle onrechtmatige-daadsactie over nog niet aangenomen wetgeving zijn tot nu toe niet bekend. Dit betekent dat het moeilijk is om, buiten het parlementaire traject (advies Raad van State; rol Eerste Kamer) om, formele wetten op rechtsstatelijkheid en rechtmatigheid te toetsen, terwijl zowel uit de voor dit onderzoek bestudeerde literatuur als de gehouden interviews blijkt dat hier behoefte aan is. Vaak staan bij toetsing van wet- en regelgeving vraagstukken centraal die zien op algemene principes, zoals de scheiding der machten, de proportionaliteit van machtsgebruik en de adequaatheid van toezichtmechanismen.

In deze zin is het van belang om op te merken dat onder meer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dergelijke abstracte toetsing uitoefent. Terwijl het Hof voorheen zaken uitsluitend *in concreto* toetste, dat wil zeggen dat de klagers concreet belanghebbenden moesten zijn en dat het Hof slechts een oordeel vormde over de omstandigheden van het concrete geval, is er de laatste tijd een kentering. Met name in zaken die draaien om de grootschalige verwerking van gegevens is het bereid om wetgeving ook in abstracto te toetsen. Zo stelde het eind 2015: ‘[W]here the domestic system does not afford an effective remedy to the person who suspects that he or she was subjected to secret surveillance, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified. In such circumstances the menace of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court and an exception to the rule, which denies individuals the right to challenge a law in abstracto, is justified.’⁴³²

Bij dergelijke *in abstracto* zaken bekijkt het Hof niet of er in een specifiek geval schade is geleden door de klagers en of die schade in de omstandigheden van het geval in verhouding stond tot het gediende algemeen belang, zoals de nationale veiligheid, maar toetst het wet- en regelgeving op algemene principes van rechtsstatelijkheid en rechtmatigheid. Hierbij kijkt het naar de ‘kwaliteit van de wet’. Criteria die hiervoor gelden zijn niet alleen of de wet helder is en voorzienbaar in haar effecten, maar ook of er voldoende waarborgen zijn opgenomen tegen machtsmisbruik, dat er transparantie wordt betracht en dat er voldoende rechterlijke en parlementaire controle op de inzet van de bevoegdheden van de uitvoerende macht is neergelegd in de wet. De eisen van legaliteit en legitimiteit van wetgeving zijn minimumvereisten. Hoe wezenlijk het algemeen belang ook, hier moet altijd aan zijn voldaan. Als de wetgeving niet aan dergelijke minimale rechtsstatelijke waarborgen voldoet, dan kan het Hof een schending van het verdrag constateren. Het spreekt in dat verband ook wel eens van conventionaliteit, een term die geënt lijkt op de term constitutionaliteit.

Omdat het in dit soort zaken niet gaat om natuurlijke personen die in hun privacy of andere mensenrechten zijn getroffen, maar in wezen om algemene belangen die samenhangen met

⁴³² EHRM, Roman Zakharov t. Rusland, application no. 47143/06, 04 december 2015, § 171.

goed en behoorlijk bestuur, staat het Hof in dit soort zaken klachten toe van rechtspersonen die conform hun statuten opkomen voor het algemeen belang. Zij hoeven dan ook geen (actuele of mogelijk toekomstige) schade aan te tonen.

Uit dit onderzoek volgt dat op dit punt een lacune in het Nederlandse recht bestaat. Het invoeren van abstracte toetsing kan ervoor zorgen dat partijen niet naar het Europese Hof hoeven te stappen om wetgeving te laten toetsen. Dat heeft voor hen het voordeel dat de vaak zeer lange procedures van het EHRM worden vermeden en dat de overheid sneller zicht heeft op de eventuele strijdigheid van wet- en regelgeving op het punt van legitimiteit en legaliteit. Daarbij moeten nog twee punten worden aangemerkt. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is in toenemende mate bereid om zaken in eerste instantie te beoordelen; dat wil zeggen dat klagers niet eerst de nationale juridische procedure hoeven te doorlopen, maar direct bij het EHRM kunnen aankloppen. Dat is met name het geval in zaken waarin het Hof oordeelt dat de nationale procedure geen of niet voldoende rechtsbescherming biedt in vergelijking tot wat het EHRM zou doen. Het bestaan van een discrepantie tussen het beschermingsniveau van het EHRM en het Nederlandse recht kan derhalve met zich meebrengen dat het EHRM en niet de Nederlandse rechter zich in toenemende mate zal buigen over Big Data kwesties. Ten tweede, en daarmee samenhangend, is het EHRM steeds meer bereid om in dergelijke zaken ook direct advies of een opdracht aan de nationale wetgever te geven. De keuze om de mogelijkheden wat betreft abstracte toetsing van wetgeving beperkt te houden kan dus in wezen een averechts effect hebben.

Hierbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij één van de aanbevelingen van de Commissie-Remkes, namelijk: ‘Invoering van een constitutionele toetsing *ex post*, uit te voeren door een Constitutioneel Hof, bestaande vijf à zeven rechters voor twaalf jaar te benoemen volgens dezelfde procedure als de leden van de Hoge Raad. Toetsing uitsluitend aan klassieke grondrechten, volgens het stelsel van prejudiciële vragen. Andere rechters zijn gebonden aan de uitspraken van het Constitutioneel Hof.’⁴³³ Dit voorstel doet de Commissie Remkes omdat het signaleert dat er onder het huidige rechtsstelsel onvoldoende rechtsbescherming van de burger tegen afwijking door de overheid van grondwettelijke normen en met name de klassieke grondrechten bestaat. Ook in de Big Data context zijn het met name de klassieke grondrechten als het recht op privacy, het discriminatieverbod en het recht op een eerlijk proces die worden ingeroepen voor de rechter.

Om een vorm van abstracte toetsing in te voeren is het niet noodzakelijk om het toetsingsverbod uit de Grondwet te schrappen, aangezien de kan volstaan met een verwijzing naar het EU-recht, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en internationale verdragen. Wel zou de wetgever kunnen overwegen om abstracte toetsing van wetgeving als expliciete taak te beleggen bij de Hoge Raad en/of de Raad van State. Dergelijke toetsing zou zowel *ex ante* als *ex post* kunnen geschieden. In een aantal Nederland omringende landen is het mogelijk voor het parlement om een voorgenomen wet voor te leggen aan de hoogste rechter. In Nederland zou *ex ante* toetsing bijvoorbeeld kunnen worden aangevraagd door een meerderheid in de Eerste Kamer, wiens kerntaak het toch al is om voorgenomen wetgeving te toetsen op rechtsstatelijke vraagstukken. Wat betreft *ex post* toetsing zou ervoor kunnen worden gekozen om in de periode dat de wet al wel is aangenomen, maar nog niet in werking is getreden, geselecteerde rechtspersonen toe te staan om de wet voor te leggen aan de hoogste rechter voor abstracte toetsing.

⁴³³ Staatscommissie parlementair stelsel, ‘Lage drempels, hoge dijken’, <<https://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/rapporten/samenvattingen/12/13/eindrapport>>.

5. Conclusies en aanbevelingen

Big Data wordt 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 is gebleken 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. 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.

Daartoe zijn de mogelijkheden en knelpunten in het Nederlands recht bestudeerd (hoofdstuk 2), alternatieve benaderingen die bestaan in het buitenland in kaart gebracht (hoofdstuk 3), is additionele literatuurstudie verricht, zijn interviews gehouden met kernspelers in Nederland (hoofdstuk 6 paragraaf 1) en zijn twee workshops georganiseerd (hoofdstuk 6 paragraaf 2). Op basis daarvan 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

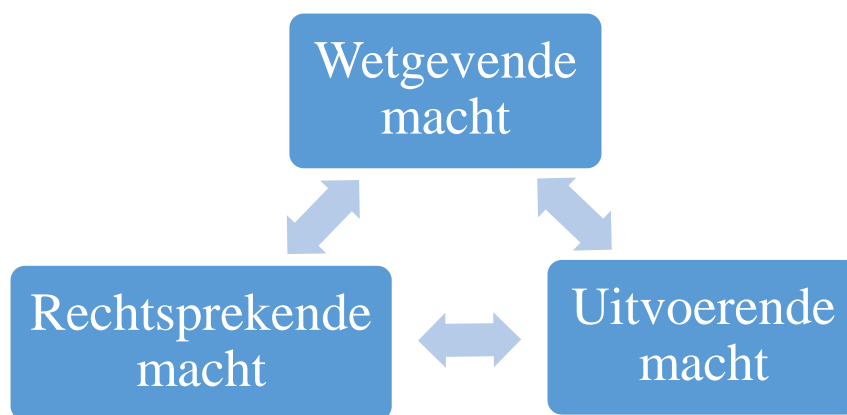
Veel overheidshandelingen en keuzes ten aanzien van Big Data processen in de eerste en tweede fase, dat wil zeggen waar gegevens worden verzameld en geanalyseerd, zullen binnen het bestuursrecht niet hebben te gelden als een besluit in de zin van de Awb waar tegen opgekomen kan worden. Toch kan het wenselijk 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 betroffen 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 rechtstelsel zo vorm te geven dat het burgers en de samenleving als geheel voldoende rechtsbescherming biedt in de data-gedreven samenleving.

6. Bijlagen

6.1 Uitkomsten interviews

6.1.1 Amnesty International Nederland

30 april 2018

Interview met: Doutje Lettinga en Nine de Vries⁴³⁴

Interview door: Bart van der Sloot

Amnesty International komt van oudsher op tegen schendingen van rechten, rechtsstatelijke uitgangspunten en in het bijzonder de mensenrechten. Zij doet aan beleidsbeïnvloeding, doet onderzoek en verspreidt informatie over mensenrechtenschendingen, verzorgt educatielessen en voert acties en campagnes voor bedreigde mensenrechtenverdedigers en gewetensgevangenen. Dat loopt langs een aantal wegen. Bij de totstandkoming van beleid en wet- en regelgeving wordt informatie verstrekt aan politici en beleidsmakers en waar nodig gelobbyd en actie gevoerd om aspecten rondom mensenrechten in het beleid vertaald te zien.

Meer recentelijk, zo vanaf 2016, is er door de internationale beweging gekozen om meer op public litigation in te zetten, waarbij strategische gekozen misstanden worden aangekaart. Daartoe is nu ook een speciale programmadirecteur aangesteld die samenwerkt met collega's op het hoofdkantoor en aangewezen contacten binnen Amnesty secties en kantoren in verschillende regio's. Voor deze koerswijziging zijn met name twee redenen te geven. Ook voor 2016 heeft Amnesty al wel eens individuen en hun rechtshulpverleners bijgestaan in hun klachten– denk aan het proces tegen de oliemaatschappij Shell of individuele zaken van vluchtelingen en asielzoekers; dat gebeurt vaak op de achtergrond, door expertise en eventuele middelen ter beschikking te stellen, en door media-aandacht te vragen voor bepaalde misstanden. Ook kan er een meer actieve rol worden gespeeld door expertrapporten op te stellen of achtergrondstukken aan te bieden, die eventueel in de rechtszaak kunnen worden ingevoegd. Maar tegenwoordig wordt er beleid ontwikkeld om strategisch procederen als een volwaardig middel in te zetten naast de reguliere middelen van onderzoek, lobby, campagne en onderwijs.

Een belangrijke reden voor deze koerswijziging dat er in het wetgevingstraject steeds minder op mensenrechten wordt gelet. Inspanningen om bij politici onder het voetlicht te brengen dat wetgeving op gespannen voet staat met internationaalrechtelijke verplichtingen, rechtsstatelijke principes en mensenrechten vinden steeds minder grond. Minder partijen dan voorheen zijn ontvankelijk voor dergelijke argumenten en overwegingen; steeds meer partijen nemen mensenrechten voor lief of zien het als obstakel, bijvoorbeeld in de strijd tegen terrorisme. Amnesty's traditionele beleidsbeïnvloedingsgerichte instrumenten van media en lobby (advocacy) lijken in regio's waar Amnesty van oudsher actief was niet langer dezelfde slagkracht te hebben dan voorheen, gezien de aldaar gewijzigde politieke en sociale machtsconstellaties en draagvlak voor mensenrechten. Als dit voortduurt zal Amnesty zich steeds meer genoodzaakt zien om wetgeving of de uitwerking daarvan aan de rechter voor te leggen.

Een andere belangrijke koerswijziging is het 'Closer tot the Ground' model waarbij Amnesty kantoren in allerlei niet-Westerse regio's heeft opgericht om daar de mensenrechtenbeweging te ondersteunen en vanuit de regio's aan media, campagne en beleidsbeïnvloeding te doen.

⁴³⁴ Onderstaande tekst is een reflectie van persoonlijke observaties en niet de visie of de standpunten van Amnesty Internationaal en/of Amnesty Internationaal Nederland.

Dat staat los van de keuze om te gaan strategisch procederen, maar heeft ook met de gewijzigde mondiale machtsconstellaties te maken die dwongen tot een strategische koerswijziging.

Mede om deze reden heeft Amnesty International besloten om zich meer te richten op public litigation, waarbij het in Nederland soms aansluiting zoekt bij PILP. Daarbij geldt een aantal uitgangspunten:

1. Laatste middel: doorgaans zal Amnesty zich slechts in laatste instantie tot de rechter wenden. Eerst zal worden geprobeerd wetgevingstrajecten te beïnvloeden en beleidsmakers te overreden, daarbij zullen eventuele publiekscampagnes een rol kunnen spelen en pas als er geen andere mogelijkheden zijn zal Amnesty de zaak voorleggen aan de rechter.
2. Samenwerking: Amnesty trekt in de meeste zaken samen op met andere organisaties die een band hebben met het in de rechtszaak gemoeide belang. Zodoende worden de expertise en capaciteiten gebundeld. In sommige gevallen worden verschillende zaken ook samengevoegd (zie ook hieronder het voorbeeld uit Groot-Brittannië).
3. Brede expertise: Amnesty richt zich daarbij op een breed speelveld. Amnesty beschermt mensenrechten in het algemeen en wereldwijd. Derhalve heeft het ook een breder werkterrein dan organisaties als bijvoorbeeld Privacy First en Bits of Freedom, die zich met name op privacyschendingen richten.
4. Beleidsafwegingen: het brede werkterrein maakt ook dat Amnesty keuzes en beleidsafwegingen zal maken. Soms kan het handiger zijn om in Duitsland te procederen (vanwege het verwachte resultaat) dan in Nederland. Ook wordt er vaak gekozen voor een spreiding in inzet op de verschillende terreinen op het mensenrechtengebied en ook wordt rekening gehouden met een geografische dan wel thematische spreiding. Tenslotte speelt capaciteit en budget mee in dergelijke afwegingen.
5. Impact: maakt het verschil als Amnesty zich –nu of later- aansluit bij een zaak dan wel de rechtzoekenden ondersteunt? Wat is de meerwaarde die Amnesty kan brengen ten opzichte van andere partijen? En hoe verhoudt de mogelijke korte termijnsimpact zich tot lange termijndoelen van Amnesty?

Amnesty maakt gebruik van een aantal middelen in juridische procedures, zoals:

- Er worden onderzoeksrapporten vervaardigd, die als bewijsmateriaal of achtergrondstukken kunnen dienen in rechtszaken (juist ook bij zaken waarbij Amnesty niet zelf partij is)
- Er worden deskundige rapporten inbracht in rechtszaken, bijvoorbeeld in vreemdelingenzaken
- Er worden Amicus brieven ingebracht
- Er worden particulieren bijgestaan met raad, expertise en eventueel middelen
- Amnesty kan zelf een klacht indienen

Het doel van dergelijk, al dan niet formele, inmenging in juridische procedures is divers. Soms gaat het om een probleem op de politieke en/of maatschappelijke agenda te plaatsen, soms is het doel om wetgeving of beleid als zodanig te laten toetsen op legaliteit en legitimiteit en te veranderen – en met rechterlijke uitspraken nieuwe dan wel progressieve jurisprudentie te genereren - en soms gaat het er om de toepassing van bevoegdheden in de praktijk in harmonie te brengen met het algemene beleid of om bepaalde informatie boven

tafel te krijgen als onderdeel van fact-finding. In een enkel geval kan ook de mogelijke impact van Amnesty's bijdrage op de zaak voor een rechtszoekende aanleiding zijn, al zal die zaak dan vaak exemplarisch zijn voor een structureel probleem dat Amnesty wil adresseren.

Ten aanzien van de zaken waarin Amnesty zelf partij is – in verband met de voor dit rapport relevante Big Data toepassingen – wordt er met name op surveillance zaken gericht. Daarvan springen er vier in het oog:

1. Clapper v. Amnesty International USA: Middels deze zaak werd geprobeerd Section 702 van de FISA Amendments Act 2008 buiten werking te krijgen. Deze wet gaf de Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) de bevoegdheid om toestemming voor surveillance te geven zonder dat er sprake hoeft te zijn van *probable cause* dat het doelwit een agent is van een buitenlandse macht. De regering hoeft alleen aan te tonen dat er een redelijke verwachting was dat de doelwitten buiten de VS verbleven en dat ze buitenlandse inlichtingen zochten. In 2013 is Amnesty niet ontvankelijk verklaard: 'The Court dismissed the case by following the US government's argument that "the claims of the challengers that they were likely to be targets of surveillance were based too much on speculation and on a predicted chain of events that might never occur, so they could not satisfy the constitutional requirement for being allowed to sue.'⁴³⁵
2. Wikimedia v. NSA: In deze zaak wordt bepleit dat surveillance via Upstream onrechtmatig inbreekt op vrije meningsuiting (1st Amendment) en op het verbod op *unreasonable seizures and searches* (4th Amendment). In 2015 is de zaak niet ontvankelijk verklaard. Ook Amnesty USA deed toen mee en nog 7 organisaties. In 2017 is in hoger beroep is uiteindelijk alleen Wikimedia Foundation ontvankelijk verklaard: "To put it simply, Wikimedia has plausibly alleged that its communications travel all of the roads that a communication can take, and that the N.S.A. seizes all of the communications along at least one of those roads," Judge Albert Diaz wrote. "Thus, at least at this stage of the litigation, Wikimedia has standing to sue for a violation of the Fourth Amendment."⁴³⁶ De zaak loopt nog.
3. Amnesty International – IPT: issued a claim against the UK over concerns that the organization's communications have been unlawfully accessed by the UK intelligence services. Eerste klacht werd op 9 december 2013 ingediend. Dit in reactie op onthullingen van Snowden dat naast de Amerikaanse inlichtingendienst NSA ook de Britse equivalent GCHQ op grote schaal e-mailverkeer van willekeurige burgers onderschept.⁴³⁷ Inmiddels wordt deze zaak door het EHRM behandeld (10 Human rights organisations v. UK), samengevoegd met twee andere Britse zaken. Op 9 november 2017 vond de hoorzitting plaats.
4. Amnesty Duitsland + Gesellschaft für Freiheitsrechte: Klacht bij constitutioneel hof tegen strategische surveillance, waarbij communicatie die in Duitsland begint óf eindigt in bulk onderschept mag worden. 'GFF is bringing a direct, facial challenge against the provisions of the underlying statute, the so-called „G 10,“ in Karlsruhe. This is much easier than challenging individual measures in the Federal Administrative Court, which would require showing that the plaintiff was the object of concrete surveillance measures—which, of course, are secret. Earlier cases have failed to meet this standard.'

⁴³⁵ <http://www.scotusblog.com/2013/02/opinion-recap-global-wiretap-challenge-thwarted/> Dissenting opinion on standing: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-1025_ihdj.pdf

⁴³⁶ <https://www.nytimes.com/2017/05/23/us/politics/nsa-surveillance-warrantless-wikimedia.html>

⁴³⁷ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2013/12/amnesty-international-brings-claim-against-uk-over-state-surveillance/>

Amnesty International beroept zich in dergelijke zaken vaak op haar eigen belang (mede vanwege het vereiste van persoonlijke schade/persoonlijk belang dat in veel rechtssystemen speelt). Het gaat dan bijvoorbeeld om het feit dat Amnesty International opkomt voor personen die vervolgd worden in eigen land of dissidenten die te maken (kunnen) krijgen met geweld als bepaalde informatie die zij delen met Amnesty openbaar zou worden. Bij surveillance zaken gaat het dan om het gevaar dat vertrouwelijkheid van communicatie wordt ondermijnd, wat de activiteiten van Amnesty ondermijnt en de aan haar gelieerde personen in diskrediet of gevaar zou kunnen brengen.

Uit de bovengenoemde beschrijving blijkt dat een dergelijk beroep vaak niet wordt geaccepteerd. In de twee Amerikaanse zaken is Amnesty International niet-ontvankelijk verklaard. De Duitse zaak loopt nog. In het Verenigd Koninkrijk kan door de Investigatory Powers Tribunal een klacht ingediend worden op basis van *assumed facts*. Vervolgens kan tijdens een openbare hoorzitting de vraag of de vermeende activiteiten wettig zouden zijn geweest, als ze hadden plaats gevonden. Daarna wordt achter gesloten deuren de conclusie op de feiten toegepast.

Er zijn zeven punten die ter overweging kunnen worden genomen bij de bescherming van Big Data achtige zaken:

1. Individuele belang: Het vereiste van een persoonlijk belang/persoonlijke schade is het belangrijkste obstakel voor het voeren van rechtszaken. Juridisch gezien ligt hier een belangrijk knelpunt. Dat speelt in privacyzaken, waar het individuele belang in bijvoorbeeld mass surveillance achtige toepassingen niet altijd eenvoudig is vast te stellen. Ook bij anti-discriminatiezaken kan dit euvel opspelen; denk daarbij bijvoorbeeld aan *predictive politicing* of andere Big Data toepassingen, die mogelijk een discriminatoir of stigmatiserend effect kunnen hebben. Ook daarbij is het niet altijd duidelijk of iemand onevenredig is geraakt door een bepaald beleid of om na te gaan of er een causaal verband is tussen een factor die wordt meegenomen in het beleid en het doel dat met het beleid wordt nagestreefd.
2. Transparantie: Daarnaast zou meer openheid kunnen worden betracht. Vaak is er angst vanuit overheidsorganisaties om informatie te delen, zeker bij politie en justitie en in kringen rond de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Dit roept juist veel vragen en rechtszaken op, terwijl meer openheid dergelijke juridische procedures zou voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan het openbaar maken van de tapstatistieken, waar niet direct de nationale veiligheid mee wordt ondermijnd, maar wel meer openheid biedt. Het gebrek aan transparantie kan ook het recht op een effectieve remedie en eerlijk proces beïnvloeden. Daarvoor is een aantal redenen aan te wijzen. Steeds meer worden beslissingen genomen die voor de burger ondoorgrondelijk zijn. Dat kan zijn omdat die op basis van niet kenbare algoritmen worden genomen, of omdat de informatie op basis waarvan beslissingen worden genomen geclassificeerd is. Dit laatste speelt met name bij inlichtingendiensten, waarbij wordt verwezen naar de noodzaak tot geslotenheid in verband met de nationale veiligheid, en bij politie, waar vaak wordt verwezen naar het lopende onderzoek en het onderzoeksbelang. Hoewel er een noodzaak kan zijn om bepaalde stukken informatie geheim te houden, moet een rechtszoekende toegang hebben tot voldoende informatie waarop vrijheidsbeperkende/ontnemende beslissingen zijn gebaseerd.
3. Verschuiving: Daarbij speelt dat er bij de inzet van contraterrorisme bevoegdheden een verschuiving is waar te nemen van strafrechtelijke inzet van informatie en

bevoegdheden naar een bestuursrechtelijke inzet (een gebiedsverbod/uitreisverbod op basis van een ambtsbericht). Het probleem daarbij is dat de burger vaak minder rechtsbescherming toekomt. In het strafrecht wordt traditioneel een vrijheidsbeperkende maatregel van te voren aan de rechter voorgelegd, in het bestuursrecht gebeurt dat vaak pas achteraf; in het strafrecht heeft de verdachte het recht op inzage in het strafdossier, terwijl dat bij bestuursrechtelijke maatregelen op basis van bijvoorbeeld een ambtsbericht niet altijd het geval is; in het strafrecht is er een volle rechterlijke toetsing, binnen het bestuursrecht is er vaak slechts een marginale toets, etc.

4. Amicus brief: Het feit dat amicus-brieven in Nederland geen staande praktijk is, is op zichzelf geen probleem. Expertbrieven en onderzoeksrapporten worden vaak ter dege meegewogen in juridische oordelen.
5. Expertise rechters: Het is van belang is dat de rechterlijke macht hier expertise over zal gaan opbouwen. Nationale veiligheidszaken verschuiven zich steeds meer naar het bestuursrecht; daar zie je een discrepantie tussen strafrechters en bestuursrechters in de mate van kennis over dit soort zaken en het gebruik van geclassificeerde informatie van de diensten die zich beroepen op geheimhouding. Dit kan ertoe leiden dat rechters minder kritisch zijn op overheden en meegaander als er bepaalde claims worden gedaan. Dit zal op termijn moeten worden ontwikkeld.
6. Special advocates: Uit Amnesty's onderzoek naar nationale veiligheidszaken in andere rechtssystemen, zoals het Verenigd Koninkrijk, blijkt dat de inzet van *special advocates* doorgaans niet werkt, aangezien zij geen direct contact onderhouden met slachtoffers/belanghebbenden en/of hun advocaten. Het probleem dat belanghebbenden en hun advocaten onvoldoende toegang hebben tot geclassificeerde informatie om zich effectief te kunnen verweren worden derhalve niet opgelost met Special Advocates. De inzet van dergelijke Advocates in besloten procedures daarentegen, waarin beslissingen worden gemaakt over de inzet van heimelijke surveillance bevoegdheden, kan van belang zijn om het belang van privacy en andere mensenrechten naar voren te brengen en mee te laten wegen.
7. Onderzoek: Daarbij zou ook onderzoek kunnen worden gedaan, bijvoorbeeld naar de effectiviteit van Big Data. Is Mass Surveillance eigenlijk wel effectief in de strijd tegen terrorisme? Ook zouden onafhankelijke toezichtsorganen naast een rechtmatigheidstoets ook een doelmatigheidstoets kunnen doen van de inzet van bevoegdheden als interceptie van communicatie van burgers.

Het bieden van ruimere mogelijkheden om dergelijke wetgeving te toetsen aan rechtsstatelijke beginselen kan een positieve invloed op de legitimiteit van wetten en daarmee op termijn van het vertrouwen van burgers in de overheid.

6.1.2 Autoriteit Persoonsgegevens

25 juni 2018

Interview met: Aleid Wolfsen

Interview door: Bart van der Sloot

Big Data als term is een vaag begrip en heeft iets weg van een buzzword, maar uiteraard heeft de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) grootschalige dataverzamelingen scherp op het netvlies staan. In grote dataverwerkingsprojecten kan het voor de betrokkene moeilijk zijn om overzicht te houden over haar gegevens, welke partijen die in het bezit hebben en voor welke doeleinden zij worden verwerkt.

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) reageert daarop door enerzijds controle aan het individu te geven en anderzijds het individu te beschermen als hij niet in staat is die controle uit te oefenen. Het gegevensbeschermingsrecht voorziet zowel in de bescherming van specifieke belangen van individuele datasubjecten als in de bescherming van algemene en collectieve belangen. De AVG geeft het individu een aantal rechten, zoals het recht om vergeten te worden, het recht op overdraagbaarheid van gegevens en het recht om toestemming in te strekken. Als hij meent dat zijn rechten zijn geschonden kan hij een klacht indienen bij de Functionaris Gegevensbescherming van een organisatie, bij de Autoriteit Gegevensbescherming en uiteindelijk bij de rechter. Daarnaast kan de AP ook uit eigen beweging onderzoek instellen en sancties opleggen. Zo kan de burger worden beschermd ook zonder dat die daartoe zelf initiatief neemt. De AVG biedt dus via beide wegen bescherming, zodat de belangen van burgers altijd goed kunnen worden beschermd.

Qua verantwoordelijkheden werkt de AVG in feite met een drietrapsraket

1. De eerste verantwoordelijkheid ligt bij organisaties zelf. Die hebben diverse plichten, zoals in de AVG vervat, zoals de plicht om gegevens te beveiligen, impact assessments te doen en een register bij te houden. Veel organisaties stellen ook een FG aan; dat zijn de vooruitgeschoven posten en hulptroepen van de AP. Zij doen een eerste check of de organisatie AVG-proof is en adviseren waar nodig. Dat kan op basis van een individuele klacht, maar hoeft zeker niet. Ook de impact assessment overstijgt de concrete belangen van specifieke burgers.
2. Vervolgens zet de AVG in op de emancipatie van de burger, door middel van de voorgenoemde rechten en mogelijkheden. Als er bij de verantwoordelijke volgens de burger iets misgaat kan hij een beroep doen op zijn rechten.
3. Tot slot kan de AP in actie komen. De AP is de bondgenoot van de burger en die bondgenoot is nodig. De burger kan veel en snapt een hoop, maar er zijn altijd momenten waarop hulp geboden is. Met name ten aanzien van mensen die toch al een zwakkere positie hebben in de samenleving is het van belang dat een overheidsorgaan hen goed beschermt. De AP heeft de plicht om alle klachten in behandeling te nemen. Momenteel zijn dat er zo'n 100 per week. Vaak gaan meerdere klachten over één probleem of organisatie; die kunnen derhalve worden gebundeld. Ook kan één klacht worden geselecteerd door de AP om verder te onderzoeken; zo'n geval staat dan symbool voor een groter probleem. Hiermee wordt dan een signaal gegeven en een precedent geschapen. In deze zin kan de normatieve kracht van een individuele klacht kwadratisch zijn.

De AP heeft door de AVG nog meer bevoegdheden en taken gekregen. Daarvan is er een flink aantal dat ziet op de bescherming van boven-individuele belangen:

- Wetgevingsadvies wordt één van de belangrijkste speerpunten van de AP. Zeer veel wetten raken op de een of andere wijze aan het verwerken van persoonsgegevens. De AP zal deze taak serieus oppakken en er wordt een speciaal team neergezet dat zich speciaal op deze taak van de AP gaat richten. Daarbij is het uitgangspunt dat het EU recht boven Nederlands recht gaat. Als een wet(svoorstel) derhalve tegen de AVG ingaat moet die simpelweg buiten werking worden gelaten.
- Voorlichting wordt gegeven op scholen en aan jongeren. Daar ligt één van de kernopdrachten voor de toekomst. Zij moeten leren snappen wat er met hun data gebeurt en welke kwetsbaarheden er zijn, bijvoorbeeld door te leren hacken en te programmeren.
- Controle wordt breed uitgeoefend over alle sectoren – gegevensverwerking is niet, zoals bijvoorbeeld de financiële markt, een afgescheiden en relatief beperkte sector. In eigenlijk alle sectoren worden persoonsgegevens verwerkt. Daarom groeit de AP ook fors: daarbij is het adagium – de AP moet zo groot worden als nodig is en zo klein blijven als mogelijk is. Voorlopig zal met name op een aantal specifieke sectoren worden ingezet, namelijk gegevensverwerking door overheidsinstanties (vanuit de rechtsstaatgedachte is het belangrijk dat de overheid in ieder geval het goede voorbeeld geeft), de medische sector (medische gegevens gaan over lijf en leden van de betrokkenen en worden doorgaans als de meest gevoelige persoonsgegevens ervaren) en de handel in persoonsgegevens (juist omdat die handel vaak haaks staat op de toestemmings- en controlegedachte van de AVG). Daarnaast wordt ook ingezet op de beveiliging van persoonsgegevens, zowel in technische als organisatorische zin. Daarbij wordt ook bekeken of niet-gemelde datalekken kunnen worden opgespoord, bijvoorbeeld door klachten van burgers, meldingen van klokkenluiders of berichten die daarover verschijnen op sociale media.
- Ook wordt de AP nu losgekoppeld van het ministerie en het krijgt een zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Hierdoor wordt het mogelijk dat de AP zelf ook rechtszaken gaat voeren. Er ligt nog geen concreet beleid betreffende op welke punten rechtszaken zullen worden gevoerd, maar het is zeker de bedoeling om in de toekomst van deze mogelijkheid gebruik te maken.

De AP heeft voldoende middelen om tegen Big Data achtige projecten op te komen of ten aanzien daarvan bescherming te bieden. Daarbij is transparantie een kernaspect. Zo dient het algoritme dat wordt gebruikt bij dataverwerkingsinitiatieven, zoals bij *predictive policing*, controleerbaar te zijn. Ook als het gaat om een privaat-publieke samenwerking door bijvoorbeeld een gemeente en één of meerdere bedrijven geldt dat de gemeenteraad goede controle moet kunnen uitoefenen (hetzelfde geldt voor het parlement op nationaal niveau). Dat betekent niet per sé dat het algoritme openbaar hoeft te zijn, maar wel dat het script kenbaar en begrijpelijk is voor de controlerende instanties, zodat er altijd verantwoordelijkheid kan worden afgelegd voor het gebruik van dergelijke algoritmen. Dat heeft de Raad van State onlangs ook bevestigd toen algoritmen werden ingezet bij het nemen van besluiten over milieuvergunningen, maar de overheid niet goed kon uitleggen op basis waarvan en hoe het besluit tot stand was gekomen. Dat mag simpelweg niet. Datagedreven initiatieven, als *nudging* in *smart cities*, moeten ook altijd democratisch gelegitimeerd zijn. Zonder expliciete democratische legitimatie handelt de overheid immers onrechtmatig.

Tot slot is een punt dat er bij veel Big Data initiatieven wordt gesteld dat er geen persoonsgegevens worden verwerkt, omdat de analyses op hoog-geaggregeerd niveau geschieden. Dat is doorgaans onjuist. Als data worden verzameld, nog voordat ze zijn geaggregeerd, zijn ze aan personen gekoppeld en dus te kwalificeren als persoonsgegeven. Ook als data-analyses worden toegepast en een effect hebben op personen zelf dan zal de AVG van toepassing zijn; onder meer kan worden bekeken of er geen discriminatie of automatische besluitvorming plaatsvindt. De tussenfase, waar data worden geanalyseerd en geaggregeerd, zal de AP uiteraard ook niet links laten liggen; als de data aanvankelijk persoonsgegevens waren en de bedoeling is om de analyses in de praktijk te benutten dan ligt het voor de hand dat de AP ook op deze data-analyse toezicht zal houden. Daarbij is een belangrijk verschil met het strafrecht. Onrechtmatig verkregen sturingsinformatie hoeft niet automatisch te leiden tot onrechtmatig bewijs; met de AVG in de hand kan ook worden gekeken naar onrechtmatig verkregen, foutieve of discriminerende sturingsinformatie.

6.1.3 Belastingdienst

12 December 2018

Interview met: Raymond Kok

Interview door: Bart van der Sloot

De data-analytics afdeling van de Belastingdienst is één van de 25 directies. Er werken ongeveer 250 mensen, waarvan ongeveer de helft data-analisten en programmeurs zijn. De andere helft houdt zich bezig met het gestructureerd binnenhalen van data, ondersteuning, management, etc. De Belastingdienst werkt vooral met gestructureerde data. Als je uitgaat van de 3v definitie van Big Data, dan heeft de Belastingdienst vooral veel volume en ook redelijk wat variëteit aan bronnen (100+). Maar de data zelf gaan slechts om één specifiek deelaspect van het leven, transacties, financiën. Velocity is geen kernpunt van data-analytics binnen de Belastingdienst; er wordt niet met real-time voorspellingen gewerkt. Met data-analyse kijken we naar het verleden om de toekomst te kunnen voorspellen.

De data die de Belastingdienst binnenkrijgt is grotendeels van andere partijen afkomstig; welke organisaties hun data afgeven is bij rechtswege geregeld. Denk daarbij aan banken, overheidsinstanties, etc. Daarbij heeft de Belastingdienst uiteraard ook veel historische data, belastingdata uit het verleden. De data-analytics afdeling gaat niet zelf het internet scrapen of zelf op zoek naar informatie op bijvoorbeeld sociale media van belastingplichtigen. Dat zou ook onwenselijk zijn omdat niet iedereen op sociale media zit en een dergelijke vorm van dataverzameling dus gebiased/discriminatoir zou zijn.

Het doel van de afdeling is dan ook niet om iets te zeggen over specifieke gevallen of casus. Het doel is om risicomodellen te ontwikkelen. De data-analyticsafdeling werkt voor andere afdelingen, het ondersteunt die afdelingen en houdt zich zelf niet bezig met handhaving of toezicht. Het doel van een risicomodel is, simpel gezegd, om de meest risicovolle belastingaangiftes bovenaan het stapeltje van de belastingcontroleur te krijgen. Het gaat om een efficiëntieslag – elke euro die wordt gespendeerd aan toezicht levert iets op. Door data-analytics kan beter worden voorspeld waar toezichts-investeringen het meest opleveren. Het blijkt dat data-analytics inderdaad een significante efficiëntieslag betekent voor de Belastingdienst, met significant meer ‘rendement’ van de ingezette mankracht en capaciteit bij toezicht en handhaving. Daarbij is de data-analytics afdeling wel afhankelijk van verzoeken van andere afdelingen en de keuzes die op beleidsniveau worden gemaakt. Er kan bijvoorbeeld een politieke reden zijn om extra in te zetten op het controleren van subsidie op zonnepanelen, terwijl uit data-analyse niet blijkt dat daar veel misstanden of grote bedragen mee zijn gemoeid.

De afdeling is opgericht naar aanleiding van de investeringsagenda uit 2015. Daarin viel over informatie gestuurd toezicht en inning onder meer te lezen: ‘Tot nu toe werden belastingplichtigen op basis van selectieregels onderworpen aan toezicht. Een inspecteur bekeek elk geselecteerd geval en beoordeelde op basis van de beschikbare informatie of de aangifte leek te kloppen. Maar selectie regels leiden niet automatisch naar de grootste kansen op fouten in de aangifte. En een inspecteur, hoe ervaren ook, stuit met deelinformatie op beperkingen. Met massale data-analyse, op basis van zeer grote hoeveelheden beschikbare gegevens, wordt de trefkans aanzienlijk hoger. Het systeem selecteert op basis van honderden gegevens per belastingplichtige de grootste risico’s. Sinds afgelopen najaar is hiermee

proefgedraaid op ‘echte’ bestanden met belastingplichtigen, dus niet in laboratoriumopstelling, en de resultaten waren verbluffend. Niet alleen de trefkans ligt aanzienlijk hoger, het systeem geeft ook de aard van het risico aan, en de behandeltijd door de medewerker gaat aanzienlijk omlaag. Elk bekeken geval levert meer op en meer gevallen kunnen bekeken worden. In de inning zien we hetzelfde beeld. Het systeem selecteert de meest kansrijke debiteuren, ontmaskert oninbaar geachte vorderingen en adviseert te nemen maatregelen. De opbrengsten springen omhoog per medewerker. En zo heeft de Belastingdienst in de afgelopen maanden ervaren dat de prestaties op een breed aantal terreinen sterk verbeterd kunnen worden door de toepassing van diepe data-analyse: van de aangiften van particulieren tot en met de bestrijding van BTW-carrouselfraude.⁴³⁸

Het data-analyticsteam houdt zich met een aantal verschillende zaken bezig. De kern wordt gevormd door het vervaardigen van risicomodellen. Daarnaast maakt het management dashboards, controleert het de voorraad en de doorlooptijd en levert het informatie ter beantwoording van verantwoordingsvragen. De Tweede Kamer kan bijvoorbeeld willen weten hoeveel procent van alle schulden in één keer wordt afbetaald, om maar iets te noemen. Daar kan deze afdeling dan data voor aanleveren. Tot slot wordt een intern product gemaakt, dat datafundament wordt genoemd. Dat houdt in dat de kwaliteit van de data wordt ‘opgewerkt’. Data uit de verschillende bronnen worden geüniformeerd, gestandaardiseerd en gecategoriseerd, zodat ze later beter bruikbaar en sneller doorzoekbaar zijn.

Bij het vervaardigen van risicomodellen wordt op een aantal zaken gelet, zoals de voorspellende waarde van het model, de onzekerheidsmarges, de privacyrisico’s en de discriminatoire effecten van de voorspellingen. Over het algemeen gaat de data-analyticsafdeling stapsgewijs te werk bij het ontwikkelen van een risicomodel.

1. Verkenning: Eerst wordt een verkenning gedaan. Hiertoe wordt een ‘light pia’ uitgevoerd. Tijdens een verkenning gaan bijvoorbeeld 3 mensen, 3 maanden aan de slag met de ontwikkeling van een model. Dat doen zij in een afgesloten datagebied – dat betekent dat zij op computers werken die slechts en alleen toegang geven tot de data die zij nodig hebben. Ze kunnen dan niet naar buiten mailen, of bestanden downloaden. Zo’n eerste verkenning is nodig omdat het vaak nog maar te bezien is of het lukt om een voorspellend model te vervaardigen voor een bepaald fenomeen – of daar voldoende data voor zijn, met voldoende voorspellende waarde, bijvoorbeeld.
2. Lab: Als het eerste proefmodel is vervaardigd, wordt die getest in een lab, een afgesloten en beperkte omgeving. Als hier uit volgt dat het model moet worden aangepast gebeurt dat, als het helemaal niet werkt dan moet het team terug naar de tekentafel.
3. Pilot: Als het model de labfase heeft doorstaan dan wordt er een pilot gedraaid. Er wordt bij bijvoorbeeld 20 casus getest wat de uitkomsten zijn zonder het risicomodel en hoe de uitkomsten van handhaving en toezicht zijn met het model. Werkt het nu beter of niet? Als het inderdaad beter blijkt te werken wordt er ook een uitgebreide privacycheck gedaan. Kunnen deze data bijvoorbeeld wel voor deze doeleinden worden gebruikt, etc.
4. Pre-productie: Als ook de pilotfase met succes is afgerond, dan wordt het model bijgeschaafd en door de programmeurs ingeprogrammeerd.
5. Productie: tot slot gaat het model in productie. Daarbij wordt uiteraard continue gemonitord hoe het model werkt. Ongeveer 100 mensen zijn betrokken bij het controleren van de modellen en het bewaken van de kwaliteit van de data-analyses en

⁴³⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 31 066, nr. 236

voorspellingen. Ook worden uitkomsten continue op mogelijke discriminatoire effecten beoordeeld.

Er zijn globaal nog twee ambities van het data-analyticsteam. Ten eerste is dat om nog privacy vriendelijker te gaan werken. Nu al zijn er veel stappen genomen om privacy by design diep te implementeren in de organisatiestructuur en de werkwijze van de mensen die bij de data kunnen – die mogen bijvoorbeeld alleen bij bepaalde data die zij echt nodig hebben en bepaalde zoekopdrachten worden bijvoorbeeld altijd gecontroleerd, omdat ze gevoelige informatie kunnen opleveren. In 2019 moet de afdeling ook gaan werken met volledig gepseudonimiseerde data. De controleurs hebben dan alleen toegang tot gespseudonimiseerde gegevens en weten pas wie zij voor zich hebben op het moment dat de brief de deur uit moet. Er wordt dus gewerkt op een need to know basis. De Belastingdienst moet een voorbeeld worden voor andere organisaties waar het gaat om privacy vriendelijk en datagedreven werken. Daarbij is ook een doel dat de informatiepositie van de burger zo veel mogelijk gelijk wordt aan die van de Belastingdienst; de burger weet dan wat de Belastingdienst van hem weet (al zijn er natuurlijk grenzen).

Ten tweede kan de rol van data-analyse in de toekomst zich ontwikkelen en nog meer in dienst staan van de burger. De gewone probit/logit type analyses is nu wel onder de knie. Daar valt nog spreekwoordelijk een aantal procent aan te verbeteren. De volgende stap is het inzetten op artificial intelligence. Je zou in een verder ontwikkeld scenario niet hoeven te werken met cohorten in bijvoorbeeld inkomstenbelasting, maar inkomstenbelasting kunnen personaliseren en in Btw-tarief kunnen differentiëren. Daarbij zou je transactie gebaseerd te werk kunnen gaan en dus real time belasting kunnen innen: in plaats van één keer per jaar een belastingaangifte en -controle is er dan een continue proces. Het doel daarbij is dat als je je houdt aan de regels, je niets merkt van de Belastingdienst. Toezicht komt pas in actie als er iets misgaat. De Belastingdienst kan dan in plaats van te beginnen bij de cohorten en categorieën, daadwerkelijk subject gericht gaan werken en wel zo dat de belastinginning een integraal en onmerkbaar onderdeel wordt van het leven.

6.1.4 Bits of Freedom

9 mei 2018

Interview met: David Korteweg

Interview door: Bart van der Sloot

Bits of Freedom (BoF) is een organisatie die opkomt voor de vrijheid van burgers in de digitale omgeving. Daarbij richt zij zich met name op de communicatievrijheid en privacy. Bits of Freedom lobbyt, doet aan voorlichting, start grassroot campagnes, ondersteunt mensen in de praktijk en procedeert, indien nodig.

Het kernprobleem met Big Data en andere moderne technieken is dat burgers zich vaak niet bewust zijn van het feit dat deze processen zich voltrekken en dat hun data daarvan onderdeel vormen. Om te begrijpen hoe dergelijke technologieën in elkaar steken is expertise vereist. BoF doet veel aan voorlichting, maar het blijft toch ingewikkelde materie. Vervolgens is de problematiek dat ook de negatieve gevolgen voor het individu vaak moeilijk te duiden zijn.

Als een individu zich toch in zijn rechten voelt beperkt dan is het ook niet altijd eenvoudig om zijn recht te halen. De verschillende routes die burgers dan kunnen bewandelen hebben ieder hun eigen drempels die een deel van de burgers afschrikt. De eerste moeilijkheid is om te weten waar je naar toe moet om effectief je recht te halen als je van mening bent dat de toepasselijke privacyregelgeving is overtreden: naar de organisatie zelf, naar de Autoriteit Persoonsgegevens of naar de rechter? En als je naar een rechter stapt, door middel van bijvoorbeeld een verzoekschriftprocedure, een klachtenprocedure of een handhavingsverzoek, is het dan verstandig om een advocaat in te schakelen en wat zijn de verwachte kosten van zo'n procedure? De vraag is of dit euvel door de Algemene Verordening Gegevensbescherming wordt verholpen. De Autoriteit Persoonsgegevens lijkt niet happig om al te veel klachten op zich te nemen, dit komt mogelijk door de beperkte capaciteit en middelen die hen ter beschikking staan. Ook de communicatie is niet dusdanig dat de burger goed weet waar hij heen moet en wat hem te wachten staat als hij bijvoorbeeld via een verzoekschriftprocedure naar de rechter stapt.

Bits of Freedom probeert burgers van oudsher te ondersteunen, te empoweren. Zo heeft het een toolbox beschikbaar voor vrij en veilig internetgebruik,⁴³⁹ is er een inzagemachine die ook internationaal zal worden uitgerold en organiseert het privacy cafés.⁴⁴⁰ Ook mobiliseert BoF burgers om te stemmen bij referenda of om commentaar te geven op conceptversies van wetsvoorstellen die naar het parlement zullen worden gestuurd. Daarmee zal in de toekomst worden doorgegaan, onder meer door mensen aan te moedigen inzageverzoeken te doen en klachten in te dienen als zij van oordeel zijn dat de wet wordt overtreden.

Daarnaast zal Bits of Freedom ook inzetten op het lobbyen en het aandacht genereren voor problemen tijdens wetgevingsprocessen. De ervaring leert daarbij dat hoe vroeger er in het wetgevingsproces wordt gesproken met beleidsmakers, hoe groter het effect en de potentiële invloed is. In de pre-consultatiefase kan het advies van een burgerrechtenorganisatie aanzienlijk zijn en ook in de consultatiefase van wetgeving kunnen er nog de nodige

⁴³⁹ <https://toolbox.bof.nl/>

⁴⁴⁰ <https://www.bof.nl/tips-en-tools/>

aanpassingen worden gedaan. Als een wetsvoorstel eenmaal naar de Tweede Kamer is gestuurd dan is de ervaring dat de ruimte voor aanpassingen en verbeteringen beperkt is. Dan spelen de fractiediscipline van de regeringspartijen en het coalitieakkoord vaak een grote rol.

Ook zal er worden ingezet op rechtszaken die door Bits of Freedom worden geïnitieerd. Daartoe heeft de organisatie onlangs haar statuten aangepast, om daarmee aan de juridische voorwaarden voor dergelijke rechtszaken te voldoen. Eén van de redenen is de zwakke positie van burgers in dit soort zaken. Zaken zijn vaak kostbaar en kunnen jarenlang duren, zeker als ze tot aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of het Hof van Justitie van de Europese Unie worden uitgevochten. Een andere reden is dat er tot nu toe vrij weinig zaken zijn geweest over de uitleg van privacy- en gegevensbeschermingsregels. Daardoor liggen de rechtsregels nog relatief open. Het is goed als er op een aantal punten meer duidelijkheid komt over de toelaatbaarheid van interpretaties en praktijken.

Het eerste wapenfeit is de deelname aan de bredere coalitie die onderdelen van de nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zal aanvechten voor de rechter. Ook loopt er een rechtszaak (beroep tegen een beslissing) over zero-rating: Zero rating is de praktijk waarbij de aanbieder van internettoegang bepaald internetverkeer niet in rekening brengt. Er geldt dan een zogenaamd nultarief. Dit internetverkeer krijgt dus een voorkeursbehandeling boven het andere verkeer dat wel ten koste gaat van de databundel, wat potentieel in strijd is met het uitgangspunt van netwerkneutraliteit.

Voor de toekomst zijn er twee type algemeen belangacties die voor de hand liggen. Enerzijds de zaken die naar aanleiding van concrete casuïstiek worden begonnen om een bepaald strategisch doel te bereiken, zoals bij de Wiv en de zero-rating zaak. Wat die onderwerpen zullen zijn is op dit moment nog niet te voorspellen. Ten tweede kunnen er zaken worden begonnen met meer abstracte, juridische vragen. Een voorbeeld is de problematiek rond toestemming en de vraag of algemene en gebundelde toestemming, die nu soms in de praktijk wordt gehanteerd, wel AVG en EU Handvest conform is.

Bij formele wetgeving geldt uiteraard het toetsingsverbod. Daarom wordt doorgaans verwezen naar het EU Handvest en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Ook veel beleidsbeïnvloeding gebeurt tegenwoordig op Europees en, meer specifiek, EU niveau. Op Europees niveau doen de rechters regelmatig principiële uitspraken op het gebied van privacy d, zowel het EU Hof voor Justitie (denk aan Schrems, Tele2, Digital Rights Ireland) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In Nederland zijn de rechters tot nu toe nog wat terughoudender dat komt mogelijk ook omdat in veel van dit soort zaken de toetsing aan Europees en internationaal recht centraal staat. Toch is de verwachting dat in Nederland er meer rechtszaken zullen worden gevoerd en dat Nederlandse rechters meer ervaring zullen opdoen met dergelijke zaken. Op korte termijn kan worden ingezet op het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ.

Er is een aantal obstakels dat nog voorligt ten aanzien van het voeren van rechtszaken in het algemeen belang. Ten eerste, de lengte van de procedures. Het kan jaren duren voordat zaken tot aan de hoogste rechters komen. Daarom wordt er op strategisch niveau gekeken naar welke zaken de moeite waard zijn om te voeren. Ook wordt, waar mogelijk, getracht om kortere zaken te voeren, zoals door kort geding acties en door de rechter al in eerste aanleg te verzoeken prejudiciële vragen te stellen.

Ten tweede zijn er de kosten. Bits of Freedom leeft primair van donaties en financiering van fondsen op projectbasis of tijdelijke basis. Lange en kostbare procedures zijn daardoor lastig. De hoop is dat steeds meer advocatenkantoren het als onderdeel van hun maatschappelijke taak zullen zien om dergelijke zaken gratis of tegen een sterk gereduceerd tarief te voeren. Er wordt al gewerkt met Pro-Bono-Connect en voor de financiering van zaken is er sinds kort ook het Digital Freedom Fund. Dan nog is er flinke organisatiekracht gemoeid met het voeren van rechtszaken en zal dus het aantal gevoerde rechtszaken beperkt blijven. Wel zal interessant zijn om te zien welke impact de nieuwe mogelijkheden in het Burgerlijk Wetboek om schadevergoeding te vragen voor grotere groepen zal hebben op de bereidheid om rechtszaken te voeren en op de bekostiging van de rechtszaken.

6.1.5 Boeckx Advocaten

15 mei 2018

Interview met: Otto Volgenant & Charlotte Hangx

Interview door: Bart van der Sloot

Privacy en gegevensbescherming is jaren geleden een expertisegebied geworden via rechtszaken over de vrijheid van meningsuiting en bronbescherming, waarbij vertrouwelijkheid van onder meer communicatie een grote rol speelt. Andere expertisegebied is het intellectueel eigendomsrecht. Juist omdat er ervaring is met andere rechtsgebieden valt het op hoe weinig jurisprudentie er is over privacy en gegevensbeschermingsrecht, hoe weinig er door rechters gebruik wordt gemaakt van bijvoorbeeld pre-judiciële vragen en hoe weinig algemeen belang acties er zijn gevoerd omtrent privacy.

Eén van de eerste algemeen belangacties op het gebied van privacy en gegevensbeschermingsrecht in Nederland was de actie tegen de Nederlandse bewaarplicht. De zaak volgde op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in Digital Rights Ireland. Het idee voor een dergelijke rechtszaak kwam vanuit Boeckx advocaten (Otto Volgenant en Fulco Blokhuis); het leek vrij evident dat de Nederlandse wet niet langer in stand kon blijven nu de wet was gebaseerd op een richtlijn, die door het HvJ was vernietigd. Het was even zoeken, maar uiteindelijk sloot een redelijk grote groep belanghebbendenorganisaties aan.

Dergelijke zaken zijn voor advocaten vaak erg tijdrovend. Daarbij komt dat alhoewel sommige zaken (zoals de bewaarplicht zaak) in essentie, vanuit juridisch perspectief, relatief simpel lijken, de meeste algemeen belangacties fundamentele rechtsvragen oproepen. Als het gaat om het onrechtmatig laten verklaren van wetgeving of beleid, dan vergt dat vaak substantieel meer werk en argumentatiekracht dan een meer traditionele privacyzaak, waarbij een specifiek individu in zijn belangen is geschaad. Algemeen belangacties worden gevoerd tegen de Staat, die goede advocaten heeft en de tijd, financiën en organisatiekracht om een lang juridisch traject uit te zitten. Een zaak tegen de Staat om wetgeving te laten toetsten aan de grondrechten is daarom naar zijn aard complex en tijdsintensief.

Daarbij is een probleem dat er vaak niet of nauwelijks geld is voor het voeren van dergelijke rechtszaken vanuit de eisende partijen. Advocaten voeren dit soort zaken vaak al tegen sterk gereduceerd tarief. Boeckx doet dit voor minder dan de helft van de prijs. Toch blijft de financiering nog een probleem. Dat roept het volgende vraagstuk op. In de bewaarplicht-zaak was de rechtsvraag in feite redelijk simpel; dat zal voor nog wel meer privacyvraagstukken in de toekomst zo zijn. Toch zal daarbij iemand het initiatief moeten nemen. Het zou merkwaardig zijn als wetten of regels die evident in strijd zijn met Europese regelgeving of rechtspraak in stand blijven simpel en alleen omdat niemand de tijd en de middelen heeft om ze aan te vechten.

Het probleem van de kosten kan worden opgelost als bedrijven meedoen in rechtszaken, zoals telecombedrijven die ook een belang hadden bij het afschaffen van de bewaarplicht. Ook zijn er nu funds die een bijdrage leveren voor de kosten. Nog mooier zou het zijn als de funding door middel van crowdfunding tot stand komt, zoals in het Verenigd Koninkrijk soms gebeurt. Dan laat je gelijk zien dat je draagvlak hebt. Tot slot is er nu ook een pro-bono

netwerk van advocatenkantoren die bereid zijn om dergelijke zaken gratis te doen. Dat zijn vaak grotere kantoren, die het als onderdeel van hun maatschappelijke plicht zien om dergelijke rechtszaken te voeren. Dat is natuurlijk op zich goed, maar het geeft een vertekend beeld van de substantiële kosten die met dergelijke zaken zijn gemoeid.

Een ander punt van aandacht is de expertise van advocaten. Er is nu slechts een klein aantal kantoren/advocaten dat expertise heeft op het gebied van het voeren van algemeen en collectief belangacties en nog minder kantoren die dergelijke expertise hebben op het gebied van privacy en gegevensbescherming. Het is belangrijk dat als er *pro bono* wordt geprocedeerd, de advocaten in kwestie feeling hebben met de materie en het klappen van de zweep kennen.

Als deze knelpunten aangepakt worden, dan kunnen algemeen belangacties in de toekomst in principe een grotere rol gaan spelen. Er zijn legio voorbeelden te noemen van zaken die mogelijk voor de rechter zouden kunnen worden gebracht. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gebruik van nieuwe technologieën en digitale toepassingen door overheidsinstanties en daaraan gelieerde organisaties. Fotocamera's naast de snelweg; *smart cities* en *predictive policing*; het gebruik van drones door de politie.

Nederland heeft een goed klimaat wat dit betreft. De rechters in Den Haag leveren uitstekende kwaliteit en zijn niet bang om de Staat terug te fluiten als Nederlandse regelgeving in strijd is met grondrechten zoals in verdragen vastgelegd. . Op het gebied van privacy zou er meer gebruik kunnen worden gemaakt van pre-judiciële vragen. Op het terrein van het intellectueel eigendom is de Europese Unie al langer dominant wat betreft regelgeving en zijn Nederlandse rechters al veel meer gewend om zulke vragen te stellen. In het privacy- en gegevensbeschermingsrecht zal dat vermoedelijk ook komen.

De Algemene Verordening Gegevensbescherming zal vermoedelijk weinig invloed hebben op de mogelijkheden of het klimaat in Nederland om rechtszaken te voeren.

Het probleem blijft het aantonen van schade of belang. De Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid heeft in het Big Data rapport treffend aangegeven dat het in het Big Data tijdperk lastig is om schade aan te tonen of de consequenties van beleid en wetgeving te duiden. Daarbij komt dat ook meer algemene belangen moeten worden onderbouwd (al is de rechter hier vaak redelijk coulant mee) en dat wat abstractere belangen of schade, zoals bijvoorbeeld gerelateerd aan het *chilling effect*, naar hun aard moeilijk concreet in geld te vertalen zijn.

Een van de vraagstukken ten aanzien van de ontvankelijkheid van klachten is bij welke rechter je moet zijn voor zaken naar aanleiding van de AVG: is er een bestuursrechtelijke rechtsingang of kan er bij de burgerlijke rechter worden geprocedeerd? Bij het starten van een rechtszaak is het voor procespartijen lang niet altijd duidelijk bij welk 'loket' ze moeten zijn. Dat kan betekenen dat er jarenlang bij de burgerlijke rechter wordt geprocedeerd die dan uiteindelijk vaststelt dat de zaak bij de bestuursrechter had moeten worden aangebracht. Dat is een ernstige belemmering van de toegang tot het recht. Die onduidelijkheid zou eenvoudig door de wetgever kunnen worden opgelost.

Ook is er jurisprudentie die de ontvankelijkheid van rechtspersonen beperkt. Soms is de vraag naar de ontvankelijkheid in de procedure zelf helemaal geen onderwerp van discussie, als geen van beide partijen hier een punt van maakt. Zelfs in zo'n geval kan de rechter hier toch

ambtshalve aandacht aan besteden. Een voorbeeld daarvan is een zaak tegen de Staat over het gebruik van drones door journalisten. Daarin overwoog de rechtbank:

5.21 De door de NVJ gevraagde verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die de journalisten die zij vertegenwoordigt hebben geleden (vordering III, sub c) strekt er in wezen toe de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele journalisten vast te stellen. Deze vaststelling kan niet geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan de door de NVJ cs bestreden voorschriften – indien en voor zover het vaststellen en handhaven daarvan als onrechtmatig dient te worden aangemerkt – kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De belangen die deze vordering aldus beoogt te dienen laten zich in dit geval in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft. Vergelijk HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (Vie d’Or). Dit staat in de weg aan ontvankelijkheid van de NVJ in haar vordering met betrekking tot (aansprakelijkheid van de Staat voor) de gestelde schade van de journalisten die zij vertegenwoordigt.

5.22. De NVJ cs stellen dat zij de regelgeving als geheel aan het oordeel van de rechtbank willen onderwerpen. Dat op zichzelf leidt niet tot ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter, temeer daar de bezwaren van de NVJ cs zich niet zozeer tegen het gehele samenstel van voorschriften in onderling verband bezien, maar tegen een aantal specifieke, volgens de NVJ cs beperkende en discriminerende bepalingen.

5.23. De TUG-ontheffing is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen een met voldoende waarborgen omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, waarin dit vereiste exceptief kan worden getoetst. De bezwaren van de NVJ cs richten zich echter tegen het tot 1 juli 2015 geldende vereiste van deze ontheffing als zodanig. Hierin is een verschil gelegen met de gevallen die aan de orde waren in de arresten HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, (Staat/Vreemdelingenorganisaties), HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First) en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (SCAU/Universiteiten), aangezien het uitlokken van de exceptieve toetsing van het voorschrift waarin het vereiste van een TUG-ontheffing is neergelegd de enige reden zou zijn geweest om deze volgens de journalisten ten onrechte voor hen vereiste ontheffing aan te vragen. Dit is in dit geval voor journalisten die het vereiste van een TUG-ontheffing voor gebruik van drones voor de nieuwsgaring willen laten toetsing aan de door hen genoemde grondrechten een ‘gekunstelde weg’ zoals bedoeld in HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (Leenders/Ubbergen). Bovendien is het vliegen zonder ontheffing strafbaar. Niet gevegd kan worden dat journalisten zich blootstellen aan strafvervolging teneinde exceptieve toetsing van dit vereiste door de strafrechter uit te lokken. Dit leidt tot de conclusie dat de NVJ cs kunnen worden ontvangen in hun vorderingen die betrekking hebben op het tot 1 juli 2015 geldende vereiste van een TUG-ontheffing.

5.24. De meldplichten leiden niet tot besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb en ontberen dus bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Ook hier geldt dat het uitlokken van strafvervolging om exceptieve toetsing door de strafrechter te bewerkstelligen niet gevegd kan worden. De NVJ cs zijn dus ontvankelijk in hun vorderingen met betrekking tot de meldplichten.

5.25. Dit geldt ook voor de vorderingen met betrekking tot de luchtverkeersregels, die bestuursrechtelijke rechtsbescherming ontberen, terwijl voorts niet gevegd kan

worden dat journalisten deze regels overtreden teneinde zich bloot te stellen aan strafvervolging omdat zij deze regels exceptief kunnen laten toetsen door de strafrechter.

Een ander punt van aandacht is of schade wordt vergoed in privacyzaken. Kort onderzoek heeft ons geleerd dat er slechts een handvol zaken is waarin de rechter daadwerkelijk immateriële schade aan burgers heeft toegekend.⁴⁴¹ De bedragen waren laag. De vraag is of dat mogelijk zal veranderen met de aanpassing van het Burgerlijk Wetboek. Zal het dan mogelijk zijn voor grotere groepen om schade te vragen en hoe zal de rechter daar mee om gaan? Het kan mogelijk een oplossing bieden voor de financiële problematiek van het voeren van algemeen belangacties als rechters burgers toestaan om schade te eisen, met name als grotere groepen hun klachten en eisen op dit punt kunnen bundelen. Je zou dan bijvoorbeeld een stichting kunnen oprichten om namens een grotere groep een rechtszaak te voeren.

Daarnaast is een punt van aandacht het toetsingsverbod. Doorgaans gaat het in algemeen belangacties nu juist om strijdigheid van wet- en regelgeving met grondrechtelijke principes. Natuurlijk wordt dit nu opgelost door simpelweg te verwijzen naar EU recht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, maar wat het toetsingsverbod dan nog voorstelt is de vraag. Bij verwijzing naar het Europees recht zijn niet alleen de inhoudelijke/materiële principes van belang, ook een criterium als kwaliteit van wetgeving is cruciaal. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens maakt keer op keer duidelijk dat nationale wetgeving kwalitatief op orde moet zijn, dat wetgeving niet alleen toegankelijk en begrijpelijk dien te zijn, maar dat er ook voldoende waarborgen dienen te zijn tegen machtsmisbruik en dat er geen onbeperkte bevoegdheid aan overheidsdiensten mag worden gegeven. Juist dit is relevant in relatie tot de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten, waar wij nu een rechtszaak over voeren, en mogelijk ook bij andere wetgeving in het kader van bijvoorbeeld politiewetgeving.

Ook privépersonen zelf kunnen hun recht claimen, zowel waar het gaat om individuele belangen als algemene belangen. Tommy Wieringa heeft bijvoorbeeld mede het initiatief genomen tot de rechtszaak tegen SyRI (Systeem Risico Indicatie, een systeem van de overheid om alle over een burger beschikbare data aan elkaar te knopen om uitkeringsfraude op te sporen). Ook kunnen individuen kleiner beginnen, bijvoorbeeld door middel van informatieverzoeken. Dat kan in ieder geval een manier zijn om het machtsevenwicht te herstellen. De overheid verzamelt steeds meer data over burgers, koppelt databases en destilleert daaruit andere informatie. Hierdoor weet de burger in ieder geval wat de overheid over hem weet. Otto Volgenant heeft zelf een rechtszaak gewonnen tegen de staatssecretaris aangaande een inzageverzoek van persoonsgegevens bij de Belastingdienst.⁴⁴²

Tot slot zijn ook de zaken tegen private partijen, zoals Facebook en Google, van belang. Die verzamelen en verwerken immers tevens grote hoeveelheden data. Bij veel van die zaken is ook een groter, individu-overstijgend belang gemoeid. Het gaat dan bijvoorbeeld over het beleid of de handelswijze van een organisatie als zodanig, waar een particulier tegen opkomt. Bij winst kan dat betekenen dat het bedrijf het beleid of handelswijze moet aanpassen.

⁴⁴¹ Rb. Noord-Holland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700, Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2332, Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701, Rb. Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV6594 en Rb. Utrecht 17 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1292

⁴⁴² Rechtbank Amsterdam – Ams 16/3456, 11 januari 2018.

Eigenlijk zou de Autoriteit Persoonsgegevens hierbij het initiatief moeten nemen, maar in de praktijk blijkt dat de AP dit soort zaken heel minimaal toetst en er geen prioriteit aan geeft.

Wat opvalt vanuit procesoogpunt is dat zowel private partijen als de overheid niet echt bereid zijn om te overleggen of om de zaak te schikken. Bij de overheid is dat logisch als het om algemeen belangacties gaat; het zou vreemd zijn als vooroverleg zou leiden tot het afschaffen of aanpassen van een omstreden wet. Maar bij private partijen merkt je dat er zo veel mogelijk drempels worden opgeworpen om het de individuele burger zo moeilijk mogelijk te maken om hun gelijk te halen. . Een voorbeeld is hoe moeilijk het in de praktijk is om een ‘vergeetverzoek’ in te dienen bij Google, en hoe Google daar vervolgens mee om gaat. De helft van de verzoeken wordt afgewezen, vaak zonder een deugdelijke inhoudelijke onderbouwing. Het is niet mogelijk om daarover vervolgens een inhoudelijke discussie met Google te voeren. Je moet dan wel een procedure bij de rechtbank aanhangig maken. Daarbij werpt Google zoveel mogelijk barrières op. Zo eisen de Nederlandse advocaten van Google doodleuk dat de burger zijn verzoekschriften in het Engels vertaald en aan het hoofdkantoor van Google in de VS stuurt.

Soms doen bedrijven als Google en Facebook zo moeilijk bij dit soort zaken dat het pijnlijk wordt. Denk bijvoorbeeld aan de zaak rond het wraakpornofilmje op Facebook waar Chantal het slachtoffer van was, , of het filmje van de dronken ‘Majesteit’ op Geenstijl, waarbij het filmje door Geenstijl een aantal keer herplaatst werd. Dan is het David tegen Goliath, en maken deze Amerikaanse bedrijven er gretig gebruik van dat een burger die gelijk heeft nog heel veel stappen moet doen om zijn gelijk te krijgen van de rechter.

Meer in het algemeen is er natuurlijk het gevaar van een Barbra Streisand effect, waarbij het gevolg van rechtsmaatregelen ter bescherming van privacy juist is dat er heel veel extra media-aandacht ontstaat. Dit zijn belangrijke obstakels voor mensen om hun recht te halen. Terwijl het in zaken tegen bijvoorbeeld GeenStijl soms evident is dat GeenStijl fout zit. Als dit soort zaken daardoor niet voor de rechter komen, dan schaadt dat niet alleen het individu, maar ook het algemeen belang. Er is voor private organisaties dan geen reden om hun beleid of gedrag aan te passen.

Het is duidelijk dat er wat moet gebeuren om het voor de burger makkelijker te maken om zijn recht te halen tegen dit soort grote partijen. Hopelijk doet de AVG dit beeld de komende tijd kantelen, ook in de publieke opinie. Er is geen grondrecht om ‘alles van iedereen’ te weten, zoals bijvoorbeeld Google wel betoogt.

Met betrekking tot ‘horizontale’ geschillen (tussen burgers of bedrijven onderling) wordt in de Tweede Kamer nagedacht over alternatieve manieren van privacy-bescherming,⁴⁴³ zoals onder andere middels een *ex parte* verbod, zoals bekend is uit het Intellectueel Eigendomsrecht en artikel 1019e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat stelt:

“1. In spoedeisende zaken, met name indien uitstel onherstelbare schade voor de houder van het recht van intellectuele eigendom zou veroorzaken, is de voorzieningenrechter bevoegd een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven op een bij verzoekschrift gedaan verzoek om tegen de vermeende inbreukmaker een bevel uit te vaardigen teneinde een dreigende inbreuk op het recht van intellectuele eigendom van de houder te voorkomen, zonder de vermeende inbreukmaker op te roepen.

⁴⁴³ Tweede Kamer, 34926, 2, vergaderjaar 2017-2018. Zie ook Tweede Kamer, aanhangsel, 828, vergaderjaar 2017-2018.

2. *De voorzieningenrechter kan het verzoek toewijzen onder voorwaarde dat tot een door hem te bepalen bedrag zekerheid wordt gesteld.*
3. *De vermeende inbreukmaker kan vorderen dat de voorzieningenrechter die de beschikking inhoudende het bevel genoemd in het eerste lid heeft gegeven, de beschikking herziet, rechtdoende in kort geding.”*

Vindplaatsen van de zaken over schadevergoeding onder de Wbp:

- Rb. Noord-Holland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1700
- Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2332
- Rb. Oost-Brabant 22 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2701
- Rb. Zwolle-Lelystad 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BV6594
- Rb. Utrecht 17 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1292

Uitspraak over drones:⁴⁴⁴

“5.21 De door de NVJ gevraagde verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die de journalisten die zij vertegenwoordigt hebben geleden (vordering III, sub c) strekt er in wezen toe de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele journalisten vast te stellen. Deze vaststelling kan niet geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan de door de NVJ cs bestreden voorschriften – indien en voor zover het vaststellen en handhaven daarvan als onrechtmatig dient te worden aangemerkt – kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De belangen die deze vordering aldus beoogt te dienen laten zich in dit geval in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft. Vergelijk HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (Vie d’Or). Dit staat in de weg aan ontvankelijkheid van de NVJ in haar vordering met betrekking tot (aansprakelijkheid van de Staat voor) de gestelde schade van de journalisten die zij vertegenwoordigt.

5.22. De NVJ cs stellen dat zij de regelgeving als geheel aan het oordeel van de rechtbank willen onderwerpen. Dat op zichzelf leidt niet tot ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter, temeer daar de bezwaren van de NVJ cs zich niet zozeer tegen het gehele samenstel van voorschriften in onderling verband bezien, maar tegen een aantal specifieke, volgens de NVJ cs beperkende en discriminerende bepalingen.

5.23. De TUG-ontheffing is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen een met voldoende waarborgen omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, waarin dit vereiste exceptief kan worden getoetst. De bezwaren van de NVJ cs richten zich echter tegen het tot 1 juli 2015 geldende vereiste van deze ontheffing als zodanig. Hierin is een verschil gelegen met de gevallen die aan de orde waren in de arresten HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, (Staat/ Vreemdelingenorganisaties), HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First) en HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (SCAU/Universiteiten), aangezien het uitlokken van de exceptieve toetsing van het voorschrift waarin het vereiste van een TUG-ontheffing is neergelegd de enige reden zou zijn geweest om deze volgens de journalisten ten onrechte voor hen vereiste ontheffing aan te vragen. Dit is in dit geval voor journalisten die het vereiste van een TUG-ontheffing voor gebruik van drones voor de nieuwsgaring willen laten toetsing aan de door hen genoemde grondrechten een ‘gekunstelde weg’ zoals bedoeld in HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169 (Leenders/Ubbergen). Bovendien is het vliegen zonder ontheffing strafbaar. Niet gevegd kan

⁴⁴⁴ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:13313>.

worden dat journalisten zich blootstellen aan strafvervolging teneinde exepctieve toetsing van dit vereiste door de strafrechter uit te lokken. Dit leidt tot de conclusie dat de NVJ cs kunnen worden ontvangen in hun vorderingen die betrekking hebben op het tot 1 juli 2015 geldende vereiste van een TUG-onthefing.

5.24. De meldplichten leiden niet tot besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb en ontberen dus bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Ook hier geldt dat het uitlokken van strafvervolging om exceptieve toetsing door de strafrechter te bewerkstelligen niet gevegd kan worden. De NVJ cs zijn dus ontvankelijk in hun vorderingen met betrekking tot de meldplichten.

5.25. Dit geldt ook voor de vorderingen met betrekking tot de luchtverkeersregels, die bestuursrechtelijke rechtsbescherming ontberen, terwijl voorts niet gevegd kan worden dat journalisten deze regels overtreden teneinde zich bloot te stellen aan strafvervolging omdat zij deze regels exceptief kunnen laten toetsen door de strafrechter.”

Uitspraak inzagerecht Belastingdienst⁴⁴⁵

12. De rechtbank overweegt het volgende. Volgenant heeft gebruik gemaakt van zijn in artikel 35 van de Wbp omschreven recht om de verantwoordelijke te vragen hem mede te delen of zijn persoonsgegevens worden verwerkt. Zijn verzoek ziet op alle door de verantwoordelijke over de betrokkene verwerkte persoonsgegevens. Uit de Wbp volgt niet dat een betrokkene kan worden verplicht om zijn verzoek nader te specificeren. De Wbp biedt dan ook geen grond voor de afwijzing van het verzoek omdat dat verzoek te ruim is gesteld of te algemeen is geformuleerd. De hiertegen gerichte beroepsgrond slaagt.

13. De staatssecretaris doet met zijn stelling dat het verzoek te ruim is geformuleerd (indirect) een beroep op de uitzonderingsgrond van artikel 43, aanhef en onder e, van de Wbp. De Belastingdienst beschikt over een grote hoeveelheid gegevens die verdeeld zijn over een grote hoeveelheid systemen. Om een dossier in te zien, moeten allerlei systemen naast elkaar worden geopend. Geen enkele medewerker is bevoegd om in alle systemen tegelijk te kijken. Alleen het onderzoek naar de persoonsgegevens in al die systemen zal waarschijnlijk al twee dagen in beslag nemen en dus onevenredige kosten met zich brengen.

14. De rechtbank overweegt dat het beroep van de staatssecretaris op deze uitzonderingsgrond niet slaagt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een verantwoordelijke niet uitsluitend op grond van zijn belang om administratieve lasten te beperken een verzoek om informatie als bedoeld in artikel 35, eerste lid, van de Wbp kan afwijzen. Volgens de Memorie van Moelichting moet de verantwoordelijke aannemelijk maken dat bij inwilliging van een dergelijk verzoek de administratieve lasten zodanig disproportioneel zijn dat hij in één van zijn rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast (Kamerstukken II, 1997-1998, 25892, nr. 3, p. 171).¹ Hoewel de rechtbank met verweerder constateert dat inwilliging van het verzoek van Volgenant (helaas) een behoorlijk beslag zal leggen op de beschikbare middelen van de Belastingdienst, heeft de staatssecretaris met de door hem gegeven toelichting niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de administratieve lasten in dit geval zo disproportioneel zijn dat de staatssecretaris of de Belastingdienst in één van zijn rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast.

¹ Zie ook de uitspraak van de Hoge Raad van 29 juni 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ4663.

15. De conclusie is dat de staatssecretaris ten onrechte het verzoek tot inzage in de door de Belastingdienst verwerkte persoonsgegevens heeft afgewezen.

⁴⁴⁵ Rechtbank Amsterdam, Zaaknummer AMS 16/3456, 11 januari 2018.

6.1.6 Bureau Brandeis

16 mei 2018

Interview met: Christiaan Alberdingk Thijm

Interview door: Bart van der Sloot

Christiaan Alberdingk Thijm behandelde als advocaat namens Privacy First de Paspoort Zaak.

Christiaan is partner bij bureau Brandeis. bureau Brandeis is een breed kantoor, met verschillende expertisegebieden. Het interne beleid is dat zo'n 15% van de zaken public interest litigation betreft, oftewel zaken in het algemeen belang, waarbij gratis of tegen een sterk gereduceerd tarief wordt gewerkt door bureau Brandeis.

Er zijn diverse van dergelijke algemeen belangacties gevoerd, zoals eerder Burgers tegen Plasterk, maar ook buiten het privacy- en gegevensbeschermingsrecht zijn er zaken van algemeen belang. Zo is onlangs een zaak gevoerd over de Brexit.⁴⁴⁶ Als eisende partij zijn aangesloten een vereniging, een stichting en een aantal natuurlijke personen. Hun klachten/belangen staan daarbij symbool voor de belangen van vele (Britse) burgers.

Algemeen en collectief belang zaken worden gevoerd voor een variëteit aan redenen. Het kan zijn om schadevergoeding te incasseren, het kan zijn om beleid of wetgeving aan te passen, het kan zijn om een principiële uitspraak te ontlokken of een rechtsregel vast te stellen en het kan zijn om de publieke opinie te beïnvloeden. Het zou goed zijn als er in Nederland een bredere en rijkere traditie zou ontstaan met betrekking tot het voeren van algemeen belang acties, omdat het een mooie aanvulling is op de zaken die draaien om particuliere belangen en specifieke rechtsvragen.

Toch is het belangrijk om niet al te veel algemeen belangacties te voeren, omdat daarmee de markt overspoeld wordt en het effect van dergelijke acties mogelijk verwatert. bureau Brandeis kiest intern dan ook voor een spreiding van algemeen en collectief belangacties over verschillende rechtsgebieden. Dit om te voorkomen dat er bijvoorbeeld vijf zaken tegelijkertijd over privacy worden gevoerd (wat in dit tijdsgewricht en met de komst van de Algemene Verordening Gegevensbescherming op zich mogelijk zou zijn); de publieke opinie kan dan juist tegen je keren en rechters kunnen vermoeid raken door veel van dergelijke zaken te moeten beoordelen.

Meestal worden de zaken gevoerd voor de burgerlijk rechter en niet voor de bestuursrechter. Dat is vanwege juridische beperkingen in het bestuursrecht, maar ook vanwege de aard van de rechtspraak. Bestuursrechters zijn gemiddeld gesproken meer pro-overheid en terughoudender dan rechters binnen het burgerlijk recht. Met name de Raad van State heeft een naam op dit punt.

Een probleem bij ideële zaken zijn de kosten voor de eisende partij(en), zeker als de algemeen belangactie wordt gestart door burgerrechtenorganisaties. Die hebben vaak namelijk maar een beperkt budget. Tocht zal dit euvel in de toekomst naar de achtergrond verdwijnen, omdat het steeds makkelijker zal worden om collectieve acties te voeren en om belangen te bundelen.

⁴⁴⁶ ECLI:NL:RBAMS:2018:605

Daarbij kan de aanpassing van het Burgerlijk Wetboek betekenen dat ook in collectieve belangacties schadevergoeding kan worden gevraagd. Hierdoor ligt de financiering van dergelijke rechtszaken ook gemakkelijker. Het zou best kunnen zijn dat, net zoals in andere rechtsgebieden nu al gebeurt, er door een partij een zaak wordt gestart vanwege de kans op een aanzienlijke schadevergoeding en dat daarbij actief wordt gezocht naar mogelijke slachtoffers die zich bij een dergelijke rechtszaak willen aansluiten. Wordt een nieuwe wet of beleid uitgerold door de overheid waar veel mensen de dupe van zijn (bewaren van data, surveilleren van privécommunicatie, etc) of is er een groot datalek, dan kan een claimfunder een zaak starten en vergoeden en kan er vervolgens naar burgers worden gezocht die heil zien in deelname. Dit betekent dat een financieel motief in de privacy rechtspraak zal worden geïncorporeerd.

Over het algemeen heeft Nederland een zeer goed rechtsstelsel en klimaat voor het voeren van algemeen belangacties, juist ook in vergelijking met andere (Europese) landen. Er is nog een aantal obstakels aan te wijzen. De belangrijkste is eigenlijk de opleiding van rechters. Wij leiden in Nederland hele praktische en pragmatische rechters op. Die hebben niet altijd gevoel voor meer ideële en theoretische rechtsvraagstukken. Tijd en de duur van een rechtszaak is altijd een evident probleem, ook gezien de acute belangen die soms op het spel staan. Daarom is er vaak de voorkeur voor kort geding zaken boven bodemprocedures. Tot slot is een probleem de onbekendheid van Nederlandse rechters met algemeen belangacties en met privacy- en gegevensbeschermingszaken in het algemeen.

Er zijn verschillende ontwikkelingen die de rechtsmogelijkheden wat dit betreft mogelijk zullen verbeteren. De aanstondse veranderingen in het Burgerlijk Wetboek,⁴⁴⁷ voorstellen in de Tweede Kamer om bredere rechtsbescherming in privacyzaken toe te kennen⁴⁴⁸ en ontwikkelingen in Europa, zoals de mogelijkheden die worden geboden in de New Consumer Deal. Daarin valt onder meer te lezen:

Under the New Deal for Consumers it will be possible for a qualified entity, such as a consumer organisation, to seek redress, such as compensation, replacement or repair, on behalf of a group of consumers that have been harmed by an illegal commercial practice. In some Member States, it is already possible for consumers to launch collective actions in courts, but now this possibility will be available in all EU countries.

For example, in a Dieselgate-type scenario, victims of unfair commercial practices, such as misleading advertising by car manufacturers not in compliance with Union regulatory framework for type approval of vehicles or environmental legislation will be able to obtain remedies collectively through a representative action under this Directive. Such collective redress was previously not provided under Union law.

This model has strong safeguards and is distinctly different from US-style class actions. Representative actions will not be open to law firms, but only to entities such as consumer organisations that are non-profit and fulfil strict eligibility criteria, monitored by a public authority. This new system will make sure European consumers can fully benefit from their rights and can obtain compensation, while avoiding the risk of abusive or unmerited litigation.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Zie o.a. Tweede Kamer, 34608, 9, vergaderjaar 2017-2018.

⁴⁴⁸ Zie o.a. Tweede Kamer, 34926, 2, vergaderjaar 2017-2018.

⁴⁴⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_en.htm

Mogelijk dat ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming een invloed zal hebben op het aantal klachten dat zal worden gevoerd, omdat schadevergoeding een grotere rol zal spelen. Ook is het duidelijker wie het aanspreekpunt zal zijn voor eventuele klachten. Artikel 82 AVG eerste en twee lid bepalen:

- 1. Eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op deze verordening, heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker schadevergoeding te ontvangen voor de geleden schade.*
- 2. Elke verwerkingsverantwoordelijke die bij verwerking is betrokken, is aansprakelijk voor de schade die wordt veroorzaakt door verwerking die inbreuk maakt op deze verordening. Een verwerker is slechts aansprakelijk voor de schade die door verwerking is veroorzaakt wanneer bij de verwerking niet is voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van deze verordening of buiten dan wel in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld.*

Daarbij bepaalt overweging 146 dat er een effectieve schadevergoeding dient te zijn:

De verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker moeten alle schade vergoeden die iemand kan lijden ten gevolge van een verwerking die inbreuk maakt op deze verordening. De verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker moet van zijn aansprakelijkheid worden vrijgesteld indien hij bewijst dat hij niet verantwoordelijk is voor de schade. Het begrip „schade” moet ruim worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van deze verordening. Dit laat eventuele eisen tot schadeloosstelling wegens inbreuken op andere regels in het Unierecht of het lidstatelijke recht onverlet. Onder verwerking die inbreuk maakt op deze verordening, valt eveneens een verwerking die inbreuk maakt op gedelegeerde handelingen en uitvoeringshandelingen die werden vastgesteld overeenkomstig deze verordening, alsmede het lidstatelijke recht waarin in deze verordening vervatte regels worden gespecificeerd. De betrokkenen dienen volledige en daadwerkelijke vergoeding van door hen geleden schade te ontvangen. Wanneer verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers betrokken zijn bij dezelfde verwerking, dienen zij elk voor de volledige schade aansprakelijk te worden gehouden. Wanneer zij evenwel overeenkomstig het lidstatelijke recht zijn gevoegd in dezelfde gerechtelijke procedure, kan elke verwerkingsverantwoordelijke of verwerker overeenkomstig zijn aandeel in de verantwoordelijkheid voor de schade die door de verwerking werd veroorzaakt, een deel van de vergoeding dragen, mits de betrokkene die schade heeft geleden volledig en daadwerkelijk wordt vergoed. Iedere verwerkingsverantwoordelijke of verwerker die de volledige vergoeding heeft betaald kan vervolgens een regresvordering instellen tegen andere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers die bij dezelfde verwerking betrokken zijn.

6.1.7 College voor de Rechten van de Mens

4 mei 2018

Interview met: Jan-Peter Loof & Juliette Bonneur

Interview door: Bart van der Sloot

Het College voor de Rechten van de Mens belicht, bewaakt en beschermt mensenrechten, bevordert de naleving van mensenrechten (inclusief gelijke behandeling) in praktijk, beleid en wetgeving, en vergroot het bewustzijn van mensenrechten in Nederland. Daarbij staat het individu centraal, maar ook het algemene mensenrechtenklimaat in Nederland.

Het College heeft een taak in verband met alle mensenrechten, maar heeft een bijzondere positie op het terrein van de gelijke behandeling (een voorganger van het college is de commissie gelijke behandeling). In dergelijke zaken treedt het op als oordelende instantie; de oordelen van het College zijn niet juridisch bindend. Wel worden de oordelen van het College op dit punt soms ingebracht in juridische zaken, bijvoorbeeld om schadevergoeding te verkrijgen met een beroep op een onrechtmatige daad (6:162 BW).

Artikel 10 van de Algemene Wet Gelijkebehandeling bepaalt: ‘Artikel 10

1 Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

2 Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op vorderingen als bedoeld in artikel 305a van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en op beroepen ingesteld in bestuursrechtelijke procedures door belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht.’

In de Wet College voor de rechten van de mens, artikel 10,

Artikel 10 lid 2 WCRM

d. een ondernemingsraad, die meent dat in de onderneming waarvoor deze is ingesteld, onderscheidenlijk een met die ondernemingsraad vergelijkbaar medezeggenschapsorgaan, dat meent dat in het organisatorisch samenwerkingsverband waarvoor het is ingesteld, onderscheid wordt gemaakt als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en in artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

e. een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te voorzien.

<http://wetten.overheid.nl/BWBR0030733/2013-01-01>

staat dat niet alleen natuurlijke personen kunnen opkomen voor belangen, maar ook rechtspersonen, zoals Anti Discriminatie Verenigingen, of personen die voor een algemeen belang willen opkomen. Ook kan er met vertegenwoordiging worden gewerkt, in een particuliere zaak of voor een grotere groep. Zo kan bijvoorbeeld voor de Roma of woonwagengedwongen als groep worden opgekomen. Voorbeelden die in dit verband kunnen worden genoemd zijn:

- Een ondernemingsraad kan als rechtspersoon klagen over bepaalde arbeidsverhoudingen en vermeende ongelijke behandeling in die context, al komt dat de laatste jaren vrij weinig voor.
- Een organisatie als de FNV kan partij zijn in een zaak betreffende vermeende leeftijdsdiscriminatie bij pensioen
- Anti-discriminatie verenigingen komen vaak op tegen discriminatie, bijvoorbeeld leeftijdsdiscriminatie bij personeelsadvertenties (waaruit bijvoorbeeld blijkt dat het adverterende bedrijf op zoek is naar jonge werknemers)
- Ook kunnen rechtspersonen voor eigen belangen opkomen, bijvoorbeeld het COC dat gediscrimineerd denkt te worden bij het huren van een zaal of een interkerkelijk gospelkoor dat nergens terecht kan.

Voor de procedure door rechtspersonen in gelijke behandelingszaken is niet vereist dat zij feitelijke werkzaamheden verrichten als zij algemene belangen aan de kaak stellen, zoals binnen het bestuursrecht. Wel moeten zij statutair gericht zijn op de gelijke behandeling/het voorkomen van discriminatie.

Er zijn verschillende voordelen van klachten door rechtspersonen en vertegenwoordiging van belanghebbenden in gelijke behandelingszaken. Burgers worden vaak afgeschrikt door ongelijke behandeling en zijn daarom niet altijd geneigd om een zaak te voeren – er gaat doorgaans immers veel tijd en energie in een procedure zitten. Ook denken burgers niet altijd aan discriminatie. Bij een personeelsadvertentie die expliciet gericht is op jongeren denkt een oudere werkzoekende niet altijd aan het beginnen van een zaak, maar vaak simpelweg ‘dit werk is klaarblijkelijk niet voor mij bestemd’. Rechtspersonen kunnen ook helpen om een klacht beter te formuleren, met de nadruk op de relevante punten en eventueel in een vorm die toegankelijker/buikbaarder is. Vertegenwoordigers kunnen helpen om klachten te bundelen, zodat meer zaken die aan hetzelfde thema raken tegelijkertijd kunnen worden behandeld.

Zowel rechtspersonen als natuurlijk personen dienen soms klachten in die niet in behandeling worden genomen. Bij natuurlijk personen gaat het bijvoorbeeld om zaken die op zich wel een ongelijkheid ten gevolg kunnen hebben, maar zo futiel zijn dat ze geen wezenlijk belang vertegenwoordigen (het spreekwoordelijke gratis kopje koffie voor vrouwelijke klanten; de fietsenstalling waarin mannen wordt verzocht hun fiets in het bovenste rek te plaatsen, etc).⁴⁵⁰ Soms wordt toch een dergelijke zaak geselecteerd om voor alle andere klagers die over dezelfde zaak of een soortgelijk geval klagen duidelijk te maken dat er geen sprake is van discriminatie. Bij rechtspersonen die klagen ontstaat soms de indruk dat sommige partijen targets moeten halen, of in ieder geval dat zij veel naar laaghangend fruit grijpen, waarbij er bijvoorbeeld over elke vacaturetekst die riekt naar discriminatie op grond van leeftijd een klacht wordt ingediend.

Ook kunnen individuele zaken als proefproces gelden of kan een specifieke zaak symbool staan voor een grotere groep. Alhoewel de precedentwerking van rechterlijke uitspraken groter is, brengen ook de uitspraken van het College steeds meer gewicht in de schaal. Bij het College kan geen schadevergoeding worden gevraagd of een boete worden opgelegd; toch zijn de uitspraken invloedrijk omdat bedrijven bang zijn voor imagoschade en negatieve publiciteit.

⁴⁵⁰ Daarbij ligt de grens evenwel laag. Zulk soort zaken zijn in het verleden wel in behandeling genomen. Deze zaken zijn wel in behandeling genomen en is een oordeel uitgebracht: Kopje koffie, dictum: verboden onderscheid <https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2013-163>. Fietsenstalling, dictum: geen verboden onderscheid <https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2014-141>

Daarnaast kan het College natuurlijk ook onderzoek doen naar specifieke zaken; als een bepaalde zaak voor een grotere groep lijkt te staan, kan dat aanleiding zijn om een rapport te schrijven en uit te brengen. Zowel de rapporten als de oordelen van het College zijn openbaar en online beschikbaar; er worden zo'n 150 zaken per jaar gewezen en een aantal rapporten gepubliceerd. De onderzoeksrapporten raken ook vaak aan een belang van een grotere groep of aan een algemeen belang.

Daarbij is nog een aantal punten van belang:

- Ten aanzien van chronische ziektes en personen met een handicap stelt de wet niet alleen dat er bij het aanbieden van goederen en diensten geen onderscheid mag worden gemaakt, ook is vermeld dat er door organisaties moet worden gestreefd naar algemene toegankelijkheid. Dat laatste is bij uitstek een algemeen belang, waar het voor de hand zou liggen als een rechtspersoon daarvoor zou opkomen.
- Ook worden er soms bredere belangen geaccepteerd; een persoon kan bijvoorbeeld bezwaar maken tegen het feit dat een werkgever discrimineert, ook al ondervindt de bezwaarmaker zelf geen directe, persoonlijke hinder. Het gaat dan om het belang om niet in een discriminatoire werkomgeving te werken als zodanig.
- Bij het College kunnen partijen ook een oordeel vragen over eigen handelen. Dat gebeurt dus op eigen initiatief. Heeft een scholengemeenschap wel een inclusief beleid bijvoorbeeld⁴⁵¹ in verband met kledingvoorschriften?; discrimineert een gemeente niet impliciet door een woonwagenbeleid?; etc.
- Veel bedrijven schikken voordat een zaak bij het college komt, omdat zij bang zijn voor reputatieschade. Dat wordt op zich aangemoedigd, omdat het vaak het beste is voor de klager zelf; wel gaat dat soms ten koste van het algemene belang, namelijk dat er over een bepaalde misstand een oordeel wordt geveld. In zo'n geval kan het College besluiten om zelf onderzoek te verrichten en een rapport uit te brengen of een stuk op de website te publiceren, waarbij een klacht als aanleiding wordt gebruikt. Vaak wordt de problematiek dan wel breder getrokken.
- Vroeger werd er veel gebruik gemaakt van mediation – nu steeds minder.
- Voor veel individuele klagers gaat het ook niet om hun eigen belang, maar om een algemeen belang. Met name bij ongelijke behandeling op basis van handicap en ook wel op basis van leeftijd gaat het mensen vaker om hun eigen belang en hopen zij ook op een oplossing (een lift die rolstoeltoegankelijk wordt gemaakt, etc.). Met name bij ongelijke behandeling op basis van ras en nationaliteit en ook wel seksuele voorkeur gaat het mensen meer om het onderliggende principe. Een persoon wil niet meer huren van de huisbaas die discrimineert op basis van nationaliteit, maar vindt toch dat dit punt moet worden aangekaart; een homo wil niet meer werken bij de werkgever die discrimineert op basis van geaardheid, maar vindt toch dat dergelijk gedrag aan de kaak moet worden gesteld. In wezen zijn het dus mini-algemeenbelangacties.

Het College heeft nog niet veel geoordeeld over Big Data achtige zaken, maar wel over een aantal zaken die raken aan op data gebaseerde profilering. Daarbij is het belangrijk dat het College in principe niet oordeelt over eenzijdig overheidsoptreden, zoals door politie en justitie (zoiets als Syri zou bijvoorbeeld niet voorgelegd kunnen worden), tenzij het gaat om directe discriminatie op basis ras bij sociale bescherming (artikel 7a AWGB).

Artikel 7a AWGB

⁴⁵¹ <https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2008-145>; <https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2015-79>

1 Onverminderd artikel 7 is onderscheid op grond van ras verboden bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen.

2 Bij algemene maatregel van bestuur kunnen de begrippen sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen, bedoeld in het eerste lid, worden omschreven. De voordracht voor een krachtens de eerste volzin vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

<http://wetten.overheid.nl/BWBR0006502/2015-07-01>

Zaken die hebben gespeeld gaan met name om risicoprofielen. Voorbeelden zijn:

- Een klacht over El Al waaruit zou blijken dat personen van een bepaalde etniciteit meer gecontroleerd zouden worden.
<https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2013-119>
- Verzekeringen die bij risicoprofielen gebruik maken van econometrische gegevens over verschil tussen geslacht.
- Fraudeonderzoek bij de Belastingdienst waarbij met name naar personen met een bepaalde achtergrond wordt gekeken (mensen met een tweede huisje in Turkije)
- <https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2016-83>
- <https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2006-257>
- Hoogte uitkeringen voor oorlogsslachtoffers voormalig Indonesië.
<https://mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2017-29>

Direct discrimineren mag dan niet; indirecte ongelijke behandeling moet voldoen aan redelijkheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dat is een ingewikkelde afweging. Natuurlijk kunnen er bepaalde overwegingen zijn voor bijvoorbeeld de Belastingdienst om bepaalde groepen meer te controleren dan anderen – toch het College doorgaans kritischer op dergelijke beleid dan andere instanties, zoals de Centrale Raad van Beroep.

Buiten de discriminatiezaken om heeft het College een aantal initiatieven lopen,

- Het College heeft gereageerd op wetgevingsvoorstellen.
- Het College heeft tal van onderzoeksrapporten gepubliceerd, brieven aan de kamer gestuurd, jaarrapportages opgesteld, etc.
- Het College heeft een aantal Amicus brieven ingebracht bij procedures in Straatsburg. Het ging dan om zaken over voorlopige hechtenis. Het gaat bij dergelijke inbreng niet zozeer om argumenten/meningen, maar om feitenonderzoek dat kan worden gebruikt in de zaak (zie bv:
<http://zoekservice.mensenrechten.nl/StippWebDLL/Resources/Handlers/DownloadBestand.ashx?id=3604>)
- In Nederland is dat nog niet formeel geregeld; wellicht zou dat een optie kunnen zijn. Het College heeft wel eens nagedacht over een opinie in te brengen (Bed, bad, brood) en is daartoe ook wel eens verzocht door bepaalde partijen, maar heeft daar vooralsnog van afgezien. Het College wil zijn onafhankelijkheid en neutraliteit (juist ook omdat het een oordelende instantie is) bewaken. Daarom wordt er liever gewacht tot er een rechter is die expliciet vraagt om een dergelijke inbreng van het College – dat is nu nog niet gebeurd. Eén keer is voorzichtig gepolst of een dergelijke opinie op prijs zou worden gesteld, maar was het algemene oordeel van het College over de zaak al gevoeglijk bekend middels openbare bronnen. Wel zou het niet hoeven te verbazen

als in de toekomst het College toch eens een inbreng op eigen initiatief zal schrijven; dan kan worden bekeken welk effect dat sorteert en kan dat worden geëvalueerd.

- Er is bij de totstandkoming van de wet op het College wel gesproken of het College niet een grotere rol moet hebben op andere mensenrechten terreinen, zoals op het gelijke behandelingsrecht, maar daar is uiteindelijk van afgezien. Een voorbeeld is dat het College zelf een rechtszaak kan beginnen op het punt van ongelijke behandeling. Dat is echter nog nooit gedaan, mede vanwege de vrees dat de rechter een ander inzicht zou hebben. Dat zou eventueel afbreuk kunnen doen aan het gezag van het College als oordelende instantie.
- Er is ook gesproken over het meedoen aan rechtszaken, bijvoorbeeld ten aanzien van de zaak tegen de tabaksindustrie, maar daar heeft het College van af gezien vanwege de neutraliteit.

Voor de toekomst zou het collectieve belangenactierecht versterkt kunnen worden, omdat dit met Big Data zaken steeds belangrijker wordt. De positie van de burger kan zwakker komen te staan, terwijl de materie steeds ingewikkelder wordt. Daarbij kan mogelijk aansluiting worden gezocht bij bepaalde ervaringen uit het recht op gelijke behandeling en de procedures die bij het College kunnen worden aangespannen. Een klein punt van zorg is wel dat het geven van meer verantwoordelijkheid aan belangenorganisaties of de Autoriteit Persoonsgegevens ook wellicht tot gemakzucht kan leiden – zowel bij de overheid als bij de burger – er is immers toch een organisatie die de burgerrechten beschermt of een organisatie die voor de belangen van burgers of voor het algemeen belang kan opkomen.

Oordelen obv art 10 art 10 lid d of e WCRM sinds oprichting CRM

ADV's:

De meeste van deze zaken waren ingediend door een ADV. Hiervan ging het overgrote deel over onderscheid bij personeelsadvertenties.

VARIA:

- een paar zaken ingediend door belangenvereniging voor huurders van woonwagendplaatsen, bijv 2017-55.
- FNV over leeftijdsonderscheid bij pensioen: 2016-101
- Organisaties van Oudere Migranten (NOOM), Unie KBO, Protestants Christelijke Ouderen Bond (PCOB), Stichting Inpraakorgaan Turken in Nederland (IOT), Stichting Samenwerkingsverband Marokkaanse Nederlanders (SMN). Geen verboden onderscheid op grond van ras bij invoering van de kostendelersnorm voor de AIO-uitkering, 2016-98

Uitzonderlijke zaak:

Stichting buro discr zaken dient zelfstandig verzoek in (dus niet namens 'slachtoffer') over mogelijke discriminatoire bejegening van een klant in een restaurant (troostmeisje).

('slachtoffer had wel toestemming voor procedure gegeven' :

Bevoegdheid: 3.2: Artikel 10, tweede lid, van de Wet College voor de Rechten van de Mens (WCRM) bepaalt dat een stichting die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) beoogt te voorzien, bevoegd is bij het College een verzoek in te dienen om te onderzoeken of een onderscheid is gemaakt als bedoeld in de AWGB. Verzoekster is aan te merken als een stichting conform artikel 10, tweede lid, onderdeel e, WCRM. Nu de melder schriftelijke instemming heeft verleend voor het aanhangig maken van een procedure bij het College, hetgeen op grond van artikel 10, derde lid, WCRM vereist is, is het College bevoegd het verzoek te beoordelen. <https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2015-146/detail:>)

Artikel Rodrigues over periode 2000-2010

Ongeveer 104 collectieve acties

Helpt aangebracht door ADV, zij krijgen in 80% vd gevallen gelijk
20 door ondernemingsraad.

Collectieve acties gaan meestal over ras, vervolgens geslacht en dan ex aequo nationaliteit en leeftijd 'Eén voor allen: gelijke behandeling en collectieve acties', Prof. mr. P.R. Rodrigues, oordelenbundel 2010 Commissie Gelijke Behandeling, pag 309

<https://mensenrechten.nl/publicaties/detail/9893>

Artikel 10 wet College voor de Rechten van de Mens

1 Het College kan op schriftelijk verzoek onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, en zijn oordeel daaromtrent kenbaar maken. Voorts kan het College uit eigen beweging onderzoeken of zodanig onderscheid stelselmatig wordt gemaakt en zijn oordeel daarover kenbaar maken.

2 Een schriftelijk verzoek als bedoeld in het eerste lid kan worden ingediend door:

- a. degene die meent dat te zijnen nadele een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;*
- b. de natuurlijke persoon, de rechtspersoon of het bevoegd gezag, die wensen te weten of zij een onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;*
- c. degene die belast is met de beslissing over een geschil met betrekking tot onderscheid als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;*
- d. een ondernemingsraad, die meent dat in de onderneming waarvoor deze is ingesteld, onderscheidenlijk een met die ondernemingsraad vergelijkbaar medezeggenschapsorgaan, dat meent dat in het organisatorisch samenwerkingsverband waarvoor het is ingesteld, onderscheid wordt gemaakt als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en in artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;*
- e. een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te voorzien.*

6.1.8 Datavakbond

17 juli 2018

Interview met: Reinier Tromp

Interview door: Bart van der Sloot

Het idee van de Datavakbond is drie maanden geleden ontstaan tijdens een informeel gesprek tussen Paul Tang en Reinier Tromp. Tijdens het gesprek kwam de discussie op de vraag naar machtsverhoudingen in de datagedreven wereld, economische en mededingingsvraagstukken en of data eigenlijk wel een individueel goed zou moeten zijn, of eerder als collectief goed moet worden gewaardeerd. Daarbij vormde het boek van Glenn Weyl and Eric Posner, *Radical Markets Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, waarin zij betogen dat individueel eigendom inherent monopolistisch is, een belangrijke inspiratiebron.

Het internet en veel webbased services zijn zo opgebouwd dat het om dataeigendom gaat. Personen worden gezien als eigenaar en bezitter van hun data en diensten zijn er op gericht die data in de handen van technologiegiganten te laten vallen. Data is daarmee hoe langer hoe meer het belangrijkste kapitaal van burgers in de 21^{ste} eeuw, terwijl dit daarvoor nog hun arbeidspotentieel was. Daarmee is ook de positie van de arbeider/werknemer fundamenteel verschoven. Willen zij hun macht gebruiken, dan moet die zich niet allen manifesteren in stakingen, in de zin van een frustratie van de arbeidsproductiviteit, maar door onthouding van hun datapotentieel.

Omdat Reinier reeds bij de Wiarda Beckman Stichting werkte, heeft hij vervolgens het initiatief genomen om de datavakbond op te richten. De Datavakbond behartigt de belangen van iedereen die data produceert op het internet en wil mensen zeggenschap geven over wat er met hun data gebeurt en voorwaarden afdwingen bij organisaties die omgaan met deze data. Daarnaast gaat de vakbond actief openheid van algoritmen eisen bij zowel overheden als bedrijven en staat leden bij in hun zoektocht naar waar zij recht op hebben. Door middel van campagnes wordt aan bewustwording gedaan en ook zal de Datavakbond leden toolkits aanrijken om hun gegevens te beveiligen.

Het kernidee achter de vakbond is dat je samen sterker staat dan alleen. Zo kunnen gezamenlijke problemen worden geadresseerd. Zo is het claimen van individuele rechten vaak vrij ingewikkeld en tijdrovend; door een gezamenlijk actie te beginnen kunnen individuen die in hun rechten worden getroffen worden beschermd. Ook kan op deze wijze een vuist worden gemaakt tegen bijvoorbeeld Facebook, die ook gegevens verzamelt over mensen die geen lid zijn van Facebook. Dan wordt staken door middel van het niet langer afgeven van data moeilijk, maar als je een grote groep hebt van leden zou een actie kunnen zijn dat alle leden van de datavakbond geen gegevens meer aan Facebook afstaan totdat Facebook stopt met het monitoren van de gegevens van personen die geen lid zijn van Facebook.

Natuurlijk zijn er *collective action problems*, maar die zijn er altijd bij stakingen. In je eentje staken heeft geen zin; het moet gezamenlijk en tegelijkertijd geschieden. Dat is nu juist iets dat de Datavakbond zou kunnen coördineren; ook zijn er technische toepassingen denkbaar die mensen die zich aansluiten bij een staking onmogelijk maken om nog langer data af te

staan aan een bepaalde partij. Je zou in ieder geval transparantie over stakingsbereid kunnen geven door middel van blockchain.

De Datavakbond is ook een vertegenwoordigend orgaan. Alhoewel de Datavakbond pas net is opgericht en dus nog niet zoveel leden heeft, is het wel al direct een aanspreekpunt voor veel partijen binnen en buiten de overheid. Dat zie je ook bij andere vertegenwoordigende organen; zelfs al zou de fietsersbond bijvoorbeeld weinig leden hebben, dan nog zal hij een veelgevraagde gesprekspartner zijn als hij maar een goed beeld geeft van de belangen van alle fietsers (ook die niet bij de bond zijn aangesloten). Datzelfde geldt voor de Datavakbond; op termijn zal de vakbond dan ook onderhandelingen kunnen voeren met bedrijven en politieke organisaties namens alle dataverstreckende burgers, ook zij die geen lid zijn van de bond.

Daarbij wordt op lange termijn een fundamentele herverdeling van macht en eigenaarschap nagestreefd. Burgers worden gezien als producenten van hun eigen data. Online krijg je daarvoor geen loon terug, maar gratis diensten en een online reputatie. Die reputatie kan je bijvoorbeeld weer klanten opleveren. De reputatie die je verdient op platforms kan je echter alleen inzetten binnen dat platform. Je zit dus in feite locked-in; het is moeilijk om ergens anders op nieuw te beginnen.

Daarbij komt dat grote internetbedrijven vaak meeliften op de activiteiten van burgers en daar de vruchten van plukken. Daar geldt in de fysieke wereld vaak een constructie voor. Als mensen in een park heel goed kunnen voetballen en er komen mensen naar kijken, dan wordt er op een gegeven moment een hek om heen gezet en toegang geheven. Als een fruitteler veel profijt heeft van een nabijgelegen bijenhouder, dan kan die laatste vragen om een deel van de winst. Data-bedrijven maken niet alleen gebruik van de gegevens die burger verstrekken op fora en social media, maar ook bijvoorbeeld van alle overheidsdocumenten die vrijelijk beschikbaar zijn. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de Europese Unie die haar documenten zelf vertaald in alle talen die binnen de EU worden gevoerd; van dat werk kunnen bedrijven de vruchten plukken en hun systemen daarop laten trainen en leren.

Daarom wil de datavakbond een herverdeling. Dat zou op verschillende manieren kunnen worden ingericht.

- Burgers zouden als producenten van data kunnen worden gezien en er zou meer naar *empowerment* kunnen worden gestreefd, ofwel individueel ofwel collectief.
- Daarnaast zou er een beloningssysteem kunnen worden opgetuigd. Zo zou je kunnen berekenen wat individuele data waard zijn, door bijvoorbeeld de waarde van een bedrijf te delen door het aantal deelnemers. Misschien nog beter zou zijn om deze waarde efforts based te maken; hoe waardevoller de data die je beschikbaar stelt, hoe groter de waarde die aan jou als dataproductent wordt toegekend. De uitdaging is uiteraard om een systeem te verzinnen waarin deze waarde goed kan worden berekend.
- Zoals gezegd is een mogelijkheid om met stakingen te werken. Daarbij worstelen we nog bij een vraag. Data hebben personen immers vaak al afgegeven aan partijen; die kunnen ze moeilijk meer terughalen. Staken heeft dus alleen maar zin als het bedrijf extra functionaliteiten en waarde kan creëren als het nieuwe data over personen krijgt. Sommige experts stellen dat de er een bepaald punt kan worden bereikt, waarna meer data over personen geen extra toegevoegde waarde hebben. In de gesprekken die binnen de Datavakbond zijn gevoerd is het idee dat bedrijven en diensten vaak juist

wel extra functionaliteiten kunnen creëren door middel van nieuwe data. In dat geval zou staken wel zin hebben.

- Tot slot zou data ook een publiek goed kunnen worden gemaakt. Zo zou de privatisering van data, waar het boek van Weyl en Posner in feite om draait, tegen worden gegaan. Dat zou ook de privatisering van maatschappelijke problemen kunnen tegengaan (burgers die verantwoordelijk worden gemaakt om tegen algemene en structurele problemen in te gaan) en zo zou ook kunnen worden voorkomen dat bedrijven waarde creëren uit publieke goederen en die waarde vervolgens privatiseren. Dat sluit aan bij Mazzucato's *The Value of Everything*, waarin kritiek wordt geuit op het huidige kapitalistische systeem. Mazzucato stelt dat waarde-extractie in de huidige wereld meer wordt gewaardeerd dan waarde-creatie. Door data een publiek goed te maken zou dit probleem deels kunnen worden aangepakt. Ook zouden burgers zeggenschap kunnen krijgen over de benutting van de collectieve goederen, zoals dat ook steeds meer bij buurtinitiatieven gebeurt.

6.1.9 Hoge Raad

6 juni 2018

Interview met: Ybo Buruma

Interview door: Bart van der Sloot

Binnen het strafrecht wordt in principe altijd voor een algemeen belang opgekomen, namelijk voor de openbare orde en veiligheid. Wel is het slachtoffer – en daarmee zijn individuele belangen - in de laatste jaren een steeds prominentere rol gaan spelen in het strafrecht.

Het klachtrecht is in principe beperkt in het strafrecht – het is het Openbaar Ministerie (OM) dat namens de staat vervolging instelt. Wel is er uiteraard de zogenoemde artikel 12 procedure.

‘Artikel 12 Wetboek van Strafvordering

- (1) Wordt een strafbaar feit niet vervolgd, de vervolging niet voortgezet, of vindt de vervolging plaats door het uitvaardigen van een strafbeschikking, dan kan de rechtstreeks belanghebbende daarover schriftelijk beklag doen bij het gerechtshof, binnen het rechtsgebied waarvan de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging is genomen, dan wel de strafbeschikking is uitgevaardigd. Indien de beslissing is genomen door een officier van justitie bij het landelijk parket of bij het functioneel parket, is het gerechtshof Den Haag bevoegd. Indien de beslissing is genomen door een officier van justitie bij het parket centrale verwerking openbaar ministerie, is bevoegd het gerechtshof in het ressort waar de klager woon- of verblijfplaats heeft. Bij gebreke daaraan is het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevoegd.
- (2) Onder rechtstreeks belanghebbende wordt mede verstaan een rechtspersoon die krachtens zijn doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden een belang behartigt dat door de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging rechtstreeks wordt getroffen.
- (3) Geen beklag is mogelijk indien er sprake is van een onherroepelijke einduitspraak als bedoeld in artikel 482a.’

Het klachtrecht staat in principe open voor het (vermeende) slachtoffer, die direct en individueel is getroffen door het (vermeende) strafbaar feit. Sinds 1984 geldt het tweede lid, waaruit volgt dat niet is uitgesloten dat bij Big Data processen het mogelijk zou zijn voor rechtspersonen om een klacht in te dienen, voorover de klacht volgt uit de)(statutaire doelstellingen en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden. Een Bits of Freedom achtige organisatie kan dan een klacht indienen als een verbod uit het Wetboek van Strafrecht zou zijn overtreden. Huisvredebreuk en computervredebreuk zijn bijvoorbeeld in deze wet vervat – het ligt niet direct voor de hand om dit via het strafrecht aan te pakken, maar uitgesloten is het ook niet.

Onrechtmatig handelen door overheidsdiensten (zoals politie of AIVD) zal dan doorgaans zijn aan te merken als strijdig met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Strafrechtelijk optreden ligt dan echter niet zo voor de hand omdat de overheid niet kan

worden vervolgd als ze een uitsluitend aan de overheid opgedragen taak uitoefent. Een onrechtmatige daadactie tegen de overheid, of een actie via een klachtprocedure kan dan wel. Ook kan de inbreuk worden meegenomen in de strafzaak tegen de verdachte. Eventueel onrechtmatig handelen door de overheid leidt in dat laatste geval doorgaans niet tot bewijsuitsluiting, maar eerder tot strafvermindering. Wel is er een wetsvoorstel aanhangig in het parlement waarin vormfouten een prominentere rol krijgen en zwaarder worden gesanctioneerd..

Bij bedrijven die zich bezondigen aan dergelijke handelingen heeft het OM wel de mogelijkheid in het algemeen belang te vervolgen. Hiermee kan een algemene misstand worden geadresseerd, ook al zou het euvel ook via het privaatrecht, middels een onrechtmatige-daadactie, kunnen worden aangepakt. Een voorbeeld daarvan is een strafzaak uit de jaren '90 van vorige eeuw,⁴⁵² waarbij het OM een zaak begon met betrekking tot creditcardfraude. Het is denkbaar dat een soortgelijke benadering ook in de digitale omgeving een rol kan hebben, bijvoorbeeld als bedrijven de gegevens van hun klanten onveilig opslaan. Uiteraard kan de burger dan een schadevergoeding eisen via het privaatrecht, of bijvoorbeeld om al dan niet preventieve maatregelen vragen, zoals een bevel tot het beter beveiligen van de persoonsgegevens, maar ook kan het OM (in ernstige gevallen) het via de band van het strafrecht spelen.

Big Data wordt wel gebruikt in de handhavingssfeer, maar in Nederland niet overvloedig. De voorbeelden die er zijn roepen wel een aantal interessante vragen op. Zo maakt de Financial Intelligence Unit gebruik van Big Data en *profiling* om ongebruikelijke transacties op te sporen. De ongebruikelijke transacties worden tegen het Herkenningsdienstsysteem (HKS) gehouden. Daar rollen vervolgens dossiers uit, die wijzen op verdachte transacties. Dat is een hoog aantal. Zo'n 6.600 op de 39.000 ongebruikelijke transacties is verdacht. De personen wier dossier het betreft zijn nog niet direct verdachte in een strafzaak en er wordt ook niet automatisch een politieonderzoek gestart. Toch is het gebruik van dergelijke Big Data initiatieven wel een vorm van automatische besluitvorming die in het vooronderzoek bepalend kan zijn.

Ook worden algoritmen steeds meer gebruikt, bijvoorbeeld door het Centraal Justitieel Incassobureau in het kader van de buitengerechtelijke afdoening. Tegen dergelijke besluiten kan uiteraard bezwaar worden aangetekend en uiteindelijk kan de zaak ook aan een rechter worden voorgelegd. Rechters hebben daarbij altijd oog voor de redelijke uitkomst van de algoritmen, al is het punt dat de uitkomsten bij algoritmen altijd afhankelijk zijn van de aannames, de parameters en de data-input. Zolang dat transparant is en te begrijpen en zolang er geen onrechtmatig onderscheid wordt gemaakt tussen groepen en/of personen hoeft er in principe geen bezwaar te zijn tegen het gebruik van dergelijke algoritmen. Potentieel problematisch wordt het wel bij deep learning algoritmen, waarbij het steeds moeilijker is te achterhalen hoe bepaalde beslissingen tot stand zijn gekomen.

Ook wordt in dit verband vaak met een privaat-publieke samenwerking gewerkt, zoals bij *smart cities*. Daarbij kan de gemeente bijvoorbeeld de data leveren of de mogelijkheden om sensoren te plaatsen in de stad en levert het bedrijf de data-analyse techniek. Op zich is er niks mis met privaat-publieke samenwerking voor opsporings- en handavingsdoeleinden. Onder andere heeft Sven Brinkhof een mooi proefschrift geschreven over de relatie tussen

⁴⁵² HR 1 juni 1999, AAe 2000 (2): 117-121 m.n. Y. Buruma (Particuliere opsporing door creditcardmaatschappij).

particuliere opsporing en opsporing door de overheid.⁴⁵³ Particuliere opsporing kan bijvoorbeeld geschieden door particuliere recherche bureaus, vigilantes en bedrijven met een intermediaire positie, zoals internet service providers en banken. Zolang de politie deze private partijen niet inzet om haar eigen bevoegdheden uit te bereiden of beperkingen te omzeilen (ze vraagt private partijen zaken te doen die ze zelf niet mag), is hier geen probleem mee.

Ook in predictie policing wordt Big Data ingezet in de voorfase van het strafrecht. Het gaat dan om voorspellingen met betrekking tot plekken, bijvoorbeeld dat er een grotere kans is op een diefstal op de hoek van de kerstraat en de stationsstraat dan elders. Zolang dergelijke voorspellingen niet zijn gekoppeld aan personen of aan groepen, maar aan plaatsen, is daar in principe geen groot probleem mee. *Predictive policing* heeft geen expliciete basis in de wet, maar er is ook geen evidente inbreuk met het recht.

Wel is de vraag welk soort criminaliteit wordt meegenomen in de dataanalyse. Een gevaar waar vaak op wordt gewezen ten aanzien van *predictive policing* is discriminatie en stigmatisatie, omdat bepaalde groepen of bepaalde wijken sterker vertegenwoordigd zijn. Dat zijn vaak zwakkere groepen, zoals immigrantengroepen, groepen met een lager onderwijsniveau of met een lagere sociaaleconomische positie. De vraag is dus op welke criminaliteit er wordt gericht. Richt je je op wat in het Engels Asbo-crime (anti-social behaviour order) wordt genoemd, of naar Nederlandse begrippen bijvoorbeeld de APV criminaliteit, dan kom je bijna onherroepelijk uit in arme wijken uit. Voor andere criminaliteit is dat niet noodzakelijkerwijs het geval.

Een van de veelgenoemde problemen in de literatuur is dat in de voorfase van een onderzoek een discriminerende selectie kan worden gemaakt, maar dat het uiteindelijke bewijs om een persoon aan te houden en eventueel te vervolgen op zichzelf niet discrimineren is. Dat louter etnisch profileren onrechtmatig is (bv auto's alleen controleren omdat er donkere jongens in zitten), staat inmiddels wel vast.⁴⁵⁴ Maar de juridische stand van zaken is anders, als er meer aan de hand is dan de selectie op uiterlijke kenmerken. Stel er is een database waarin de politie alleen zoekt op personen met een bepaalde etnische achtergrond (al dan niet door middel van indirecte identifiërs), maar op de zeg 50 hits die daaruit volgen wel onderzoek doet en uiteindelijk besluit 3 personen te arresteren op basis van concreet en hard bewijs. Dan is de groep waarnaar wordt gekeken vastgesteld op basis van een discriminerende keuze, maar is het uiteindelijke bewijs wel deugdelijk. Het is te vergelijken met een verkeersagent die in een hypothetisch geval alleen maar naar auto's zou kijken met een Poolse nummerbord, maar vervolgens in die groep steeds goed en deugdelijk onderzoek doet en alleen die Polen of Poolse auto's staande houdt, na navraag te hebben gedaan ten aanzien van bijvoorbeeld openstaande boetes of een openstaand arrestatiebevel. Dan is wederom het uiteindelijke bewijs dat tot de staande houding en eventuele arrestatie leidt deugdelijk, maar is de groep waarnaar wordt gekeken beperkt op basis van nationaliteit. Beide gevallen zijn problematisch, maar kunnen in het strafrecht niet worden aangepakt – het bewijs is immers als zodanig deugdelijk. Als de wetgever dergelijke problematiek wil aanpakken, bijvoorbeeld met het oog op discriminerende of stigmatiserende algoritme, dan zal zij daar een nieuwe wettelijke bepaling aan moeten wijden.

Wel is hier van belang de uitspraak die de Hoge Raad deed ten aanzien van de dynamische verkeerscontrole. Daarin overwoog de Hoge Raad dat er in het strafrecht geen beroep kan

⁴⁵³ S. Brinkhoff, Startinformatie in het strafproces, Radboud Universiteit, Kluwer 2014

⁴⁵⁴ ECLI:NL:HR:2016:2454, Hoge Raad, 01-11-2016 – sorry: ik had nog niet gelezen wat volgde.

worden gedaan op de doctrine van verbod op *détournement de pouvoir*, maar dat betekent niet dat er discriminerend mag worden gehandeld ten opzichte van de burger. De HR overwoog in die zaak aan het eind van haar uitspraak: ‘Opmerking verdient het volgende. Art. 160, eerste en vierde lid, WVV 1994 bevatten geen aanwijzingen omtrent de selectie van de bestuurders ten aanzien van wie de in die bepalingen genoemde bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Hetgeen hiervoor onder 3.4 is vooropgesteld laat evenwel onverlet de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverenigbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij die selectie een in dit opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, zal hij moeten bepalen welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid, rekening houdend met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Bij verkeerscontroles als in deze zaak aan de orde kan een dergelijke bevinding in het bijzonder in beeld komen indien de selectie van het voor een verkeerscontrole in aanmerking komend voertuig uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden van dat voertuig. Gelet op de betekenis die blijkens de door het Hof vastgestelde en hiervoor onder 3.1.3 weergegeven gang van zaken – waaromtrent door de verbalisanten de vereiste openheid is verschaft – is toegekend aan omstandigheden, als het (dure) type auto, de wijk waarin de auto reed en de firma die als kentekenhouder van de auto stond geregistreerd, is daarvan in het onderhavige geval niet gebleken.’⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2454 , 1 november 2016.
<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2016:2454>

6.1.10 Landsadvocaat

17 oktober 2018

Interview met: Cécile Bitter

Interview door: Bart van der Sloot

Net als veel bedrijven en organisaties maakt de Staat gebruik van een vaste, externe advocaat, die werkt volgens de regels die gelden voor alle advocaten in Nederland. De landsadvocaat is niet in dienst van de Staat. De Staat is ook niet verplicht het kantoor van de landsadvocaat in te schakelen als hij bijstand of advies van een externe advocaat wil. De verplichtingen die gelden voor de landsadvocaat gelden ook voor zijn kantoorgenoten. Gezamenlijk behandelen ze jaarlijks meer dan duizend zaken voor de Staat. Daarnaast werken de advocaten van Pels Rijcken ook voor andere cliënten. In een contract tussen de Staat en de landsadvocaat is vastgelegd welke verplichtingen de landsadvocaat en zijn kantoorgenoten hebben. De landsadvocaat en zijn kantoorgenoten treden nooit tegen de Staat op. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn is een fusie van twee advocatenpraktijken in 1969. Sinds 1879 wordt de titel landsadvocaat verleend aan één persoon.⁴⁵⁶ De huidige landsadvocaat is Reimer Veldhuis.

De oorsprong van de landsadvocatuur ligt in het begin van de veertiende eeuw.⁴⁵⁷ Steden in de Nederlanden gingen ertoe over om een vaste advocaat in te schakelen voor het redigeren van verordeningen en brieven en voor het onderhandelen met vreemde mogendheden. Deze advocaten werden ook wel pensionarissen genoemd. Zij ontvingen een pensio, een honorarium, voor hun adviezen en diensten. Later lieten ook provincies zich bijstaan door een vaste advocaat. In de provincie Holland werd deze 'advocaat van den lande' genoemd. De eerste bekende 'advocaat van den lande' was Barthout van Assendelft (1480 - 1489). Hoewel hij mede als rechtskundige vertegenwoordiger optrad van de provincie, was zijn functie vooral bestuurlijk van aard. Beroemd is natuurlijk ook de landsadvocaat Johan van Oldebarneveldt die werd terechtgesteld in 1619. Hij was de laatste advocaat die zich ook advocaat van den lande noemde. Daarna werden beide functies, landsadvocaat en raadpensionaris, door verschillende personen vervuld. Landsadvocaten in juridische zin treden voor het eerst op in 1653. Zij bleven functioneren tot de Franse tijd. Na het herstel van de onafhankelijkheid in 1814 werden twee landsadvocaten benoemd. Sinds 1879 is er één landsadvocaat. Er is verder één plaatsvervangend landsadvocaat, dat ben ik..

Momenteel werken er zo'n 350 mensen bij Pels Rijcken, waarvan zo'n 160 advocaat en/of notaris. Zij zijn niet allemaal werkzaam in de landspraktijk, maar velen wel. De Staat is een belangrijke cliënt van Pels Rijcken. Omzettechnisch gezien is ongeveer 55 tot 60% afkomstig van andere cliënten. De variëteit van zaken die advocaten in de landspraktijk onder hun hoede hebben is enorm. Het gaat bijvoorbeeld om verzoeken en klachten omtrent wrakingsverzoeken van voorzieningenrechters,⁴⁵⁸ uitleveringsverzoeken,⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Besluit van 2 april 1965, houdende intrekking van het KB van 1 augustus 1879, nr. 26, alsmede de vaststelling van een nieuwe regeling inzake de landsadvocatuur

⁴⁵⁷ <https://www.pelsrijcken.nl/over-ons/landsadvocaat/>

⁴⁵⁸ Rechtbank 's-Gravenhage, 06-04-2012 / 414751 / HA RK 12-127 Wrakingnummer 2012/14, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2968

⁴⁵⁹ Rechtbank Den Haag, C/09/496362 / KG ZA 15-1425, 30-10-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12681

gratieverzoeken,⁴⁶⁰ (de verlenging van) een gebiedsverbod voor een imam,⁴⁶¹ overheidsaansprakelijkheid,⁴⁶² de motiveringsplicht bij het afzien van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie,⁴⁶³ de meldplicht van Volkert van der G.,⁴⁶⁴ de voorwaarden voor invrijheidsstelling van Benno L.,⁴⁶⁵ onrechtmatige rechtspraak,⁴⁶⁶ onrechtmatige overheidsdaad in het kader van de overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnisen,⁴⁶⁷ het beleid voor de tenuitvoerlegging van de levenslange gevangenisstraf,⁴⁶⁸ uitleveringen,⁴⁶⁹ verhoorbijstand,⁴⁷⁰ verblijfsvergunning,⁴⁷¹ zorgplicht jegens een oud-agent en informant van de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst,⁴⁷² de verplichting tot vergoeding van immateriële schade na onrechtmatig verblijf in de Extra Beveiligde Inrichting⁴⁷³ en de referendabiliteit van de Wet tot intrekking van de Wet raadgevend referendum.⁴⁷⁴

Ook komen er geregeld zaken voorbij die betrekking hebben op gegevensverzameling. Zo is er een rechtszaak gevoerd waarin ter discussie stond het beleid van de Staat met betrekking tot het afluisteren van advocaten door veiligheidsdiensten.⁴⁷⁵ Ook is er een rechtszaak gevoerd over de legitimiteit van de uitwisseling van gegevens tussen Nederlandse en buitenlandse inlichtingendiensten.⁴⁷⁶ Als laatste voorbeeld kan worden gewezen op de onlangs gevoerde rechtszaak over de herziening van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten.⁴⁷⁷

De landsadvocaat is een gewone advocaat. De cliënt geeft zijn wensen aan, de advocaat vertaalt dat naar een juridisch betoog. Uiteraard kunnen adviezen over te voeren procedures, te sluiten contracten of voorgenomen besluiten raken aan beleidsvragen. Als dit aan de orde is, handelt de landsadvocaat net zoals voor een andere cliënt. De advocaat kijkt naar de juridische aspecten. Hij adviseert over de proceskansen en procesrisico's, de mogelijkheid om in of buiten rechte tot een schikking te komen en de processtrategie. De cliënt neemt de beslissingen. Het beleid wordt niet bepaald door de (lands)advocaat.

Alhoewel de landsadvocaat altijd namens 'de staat' optreedt, kunnen er verschillen zijn in de opstelling van ministeries. Bij rechtszaken over collectieve acties aangespannen door een rechtspersoon kan het ene ministerie het bijvoorbeeld belangrijk vinden om een uitspraak te vragen over de ontvankelijkheid van de verschillende klagers, terwijl een ander dat minder

⁴⁶⁰ Rechtbank Den Haag, 28-08-2018 / C/09/558370 / KG ZA 18/857, ECLI:NL:RBDHA:2018:12692

⁴⁶¹ ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, Rechtbank Den Haag, 10-07-2018 / AWB - 18 _ 1849, ECLI:NL:RBDHA:2018:8172

⁴⁶² Rechtbank Den Haag, 30-05-2018 / C/09/534078 / HA ZA 17-615, ECLI:NL:RBDHA:2018:6418; Rechtbank Den Haag, C-09-508918-HA ZA 16-423, 18-01-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:309

⁴⁶³ Rechtbank Den Haag, C/09/535016 / HA ZA 17-676, 06-06-2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6681

⁴⁶⁴ Rechtbank Den Haag, C-09-540745-KG ZA 17-1310, 09-10-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15882

⁴⁶⁵ Rechtbank Den Haag, 06-10-2014 / C/09/471504 / KG ZA 14-973, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142

⁴⁶⁶ Hoge Raad, 11-07-2017 / 15/05010, ECLI:NL:RBDHA:2017:12098

⁴⁶⁷ Rechtbank Den Haag, 27-03-2017 / C/09/526714 / KG ZA 17/177, ECLI:NL:RBDHA:2017:9141

⁴⁶⁸ Rechtbank Den Haag, C-09-527535-KG ZA 17-240, 14-04-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3801

⁴⁶⁹ Rechtbank Den Haag, 11-11-2016 / C-09-521622-KG ZA 16-1385, ECLI:NL:RBDHA:2016:14405; Rechtbank Den Haag, C/09/495514 / KG ZA 15-1345, 02-12-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16164

⁴⁷⁰ Rechtbank Den Haag, 07-10-2016 / C-09-506576-KG ZA 16-281, ECLI:NL:RBDHA:2016:11981.

Rechtbank Den Haag, 31-03-2016 / C/09/506576 ZA 16/281, ECLI:NL:RBDHA:2016:3367

⁴⁷¹ Rechtbank Den Haag, C/09/514071 / KG ZA 16-840, 16-09-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11178

⁴⁷² Rechtbank Den Haag, 31-08-2016 / C/09/450413 / HA ZA 13-1031, ECLI:NL:RBDHA:2016:10958

⁴⁷³ Rechtbank Den Haag, C/09/485093 / HA ZA 15-351, 17-02-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1781

⁴⁷⁴ Rechtbank Den Haag, 04-07-2018 / C-09-549669-HA ZA 18-297, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888

⁴⁷⁵ Rechtbank Den Haag, C/09/487229 / KG ZA 15-540, 01-07-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436

⁴⁷⁶ Gerechtshof Den Haag, 14-03-2017 / 200.162.969/01, ECLI:NL:GHDHA:2017:535

⁴⁷⁷ Rechtbank Den Haag, 26-06-2018 / C-09-553023-KG ZA 18-476, ECLI:NL:RBDHA:2018:7459

belangrijk vindt. Vanzelfsprekend hangt dat ook van de zaak in kwestie af. Bij de vraag of ontvankelijkheid een rol speelt in het pleidooi wordt overigens ook wel, zeker in kort geding, een praktisch punt meegenomen; als een of enkele van de klagers duidelijk wel ontvankelijk zullen zijn, en er dus hoe dan ook een inhoudelijk oordeel komt, loont het dan nog de moeite om te bekijken of de andere klagers al dan niet ontvankelijk zijn?

Wat collectieve acties lastig maakt is dat er vaak niet slechts een juridische dimensie is, maar dat de zaken ook dienen om de media, politiek en/of publieke opinie te beïnvloeden. Dat maakt dat de cliënt soms een route voor zich ziet die wat dat betreft voor de hand liggend is, maar juridisch niet. De insteek van de cliënt is altijd leidend en het uitgangspunt, maar de juridische haalbaarheid vormt een essentieel onderdeel van de beraadslaging met de cliënt. De keuze kan zijn om een principiële rechtszaak te voeren op de inhoud, om een duidelijk precedent af te dwingen, maar zo'n strategie kan ook negatief uitpakken. Een optie is uiteraard ook de zaak in der minne te schikken. Bij klachten onder 3:305a BW is natuurlijk een voorgesprek vereist, althans moet de eisende partij daarom vragen. Daarbij schuift de landsadvocaat soms, maar niet altijd aan. Dergelijke gesprekken kunnen nuttig zijn, al leiden ze niet altijd tot een oplossing. Soms is op voorhand duidelijk dat een gesprek niets meer toevoegt aan het debat.

Ook in algemeen belangacties wordt het overheidsoptreden kritisch beoordeeld. Belangrijk is wel de rolzuiverheid. De vraag of er wetgeving dient te komen en welke beleidsmatige en politieke keuzes in dat verband gemaakt moeten worden, is aan de wetgever. Daar dient de rechter terughoudend te zijn. De rechter gaat niet over de inhoud van de wetgeving. Het dilemma is wel dat er een grensvlak is. De rechter dient uiteraard rechtsbescherming te bieden. Dat kan soms door elkaar lopen, zeker als er een beroep wordt gedaan op internationale verplichtingen waaraan burgers rechten kunnen ontleenen.

In de praktijk zie je het belang van een bepaling als artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dat is een een ieder verbindende bepaling van hogere orde en de wet mag dan ook niet in strijd zijn met die bepaling. Als dat wel zo is kan de rechter die daarom wordt gevraagd rechtsbescherming bieden. Dat is immers de bedoeling van deze verdragsbepaling.

Belangrijk is dat de rechter niet treedt in de zogenaamde "political question". Daar waar het gaat om beleidsmatige of politieke keuzes is het primaat aan het bestuur en de wetgever. Ook is het onwenselijk als er algemeen belangacties worden gevoerd zonder dat er concrete schade aan individuen is aangebracht, zonder dat individuen worden geraakt, door de wet of het beleid waar tegen wordt opgekomen. Veeleer zou de rol van rechtspersonen moeten liggen in het vertegenwoordigen van de belangen van individuele, natuurlijke personen; ook kunnen diverse klachten worden gebundeld. Neem de zaak over de vingerafdrukken in het paspoort. Je kan je afvragen wat het nu heeft toegevoegd dat Privacy First zelfstandig een civielrechtelijke klacht heeft ingediend; de rechter heeft daar terecht de twee verschillende domeinen van het civielrecht en het bestuursrecht onderstreept. Privacy First kan natuurlijk ook haar kennis en expertise inzetten voor natuurlijke personen die in een individuele casus opkomen tegen bijvoorbeeld de verplichting vingerafdrukken af te staan voor hun paspoort.

Daarom is het belangrijk dat er strikt naar het belanghebbende begrip wordt gekeken. Ook in het digitale tijdperk blijft dit begrip van onverminderd belang. Stichtingen zullen mogelijk in de toekomst worden opgericht om belanghebbenden in rechte te vertegenwoordigen; dat kan efficiënt zijn als verschillende klachten worden gebundeld en die dus in één keer kunnen

worden afgedaan. Anderzijds zou dit een financiële prikkel met zich kunnen brengen, bijvoorbeeld als claimstichtingen met name uit financiële motieven klachten initiëren en daarna potentiële belanghebbenden zoeken. Dat zou geen wenselijke ontwikkeling zijn.

Er is op dit moment geen hiaat in de rechtsbeschermingsmogelijkheden in Nederland. In de toekomst moet uiteraard wel worden gekeken naar ontwikkelingen als Big Data, waar onder meer transparantie een probleem kan zijn. De overheid ontwikkelt nu beleid en kijkt naar de mogelijkheid om algoritmen en digitale besluitvormingsprocessen transparanter en controleerbaarder te maken, zie onder meer de recente brief aan de Tweede Kamer van Sander Dekker.⁴⁷⁸ Transparantie bevorderen is vaak een betere benadering dan nog meer rechtsmiddelen aan het recht toevoegen; waar mogelijk zou voor voorafgaande openbaarmaking van algoritmen en dataprotocolen kunnen worden gekozen. Ook hier ligt het primaat bij de politiek en de democratische wetgever. Bij opsporingsdiensten en inlichtingendiensten is transparantie natuurlijk lastiger; bij de inlichtingendiensten is voorzien in bijzonder toezicht, door de CTIVD. In algemene zin zou de Autoriteit Persoonsgegevens kunnen helpen met richtsnoeren en standaarden, voor transparantie van algoritmen en data-gedreven toepassingen in het algemeen. De Uitvoeringswet AVG⁴⁷⁹ biedt hier ook mogelijkheden toe.

⁴⁷⁸ Transparantie van algoritmen in gebruik bij de overheid, 9 oktober 2018, 2370000

⁴⁷⁹ Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) (Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming)

6.1.11 Nationale ombudsman

7 mei 2018

Interview met: Reinier van Zutphen & Martin Blaakman

Interview door: Bart van der Sloot

Sinds 1982 bestaat de Nationale ombudsman in Nederland. ‘Ombudsman’ is Zweeds voor vertegenwoordiger. In 1981 is de Wet Nationale ombudsman gemaakt. Sinds 1999 staat de functie van Nationale ombudsman ook in de Grondwet. Hierin staat dat de Nationale ombudsman op verzoek of uit eigen initiatief het gedrag van de overheid onderzoekt (Artikel 78a, eerste lid Grondwet). De Ombudsman ontvangt klachten van individuen, groepen en rechtspersonen over de overheid.

De ombudsman moet zo laagdrempelig mogelijk zijn. Iedereen dient toegang te hebben tot de Ombudsman. In een gesprek wordt vervolgens bekeken wat de ombudsman wel/niet voor mensen kan/mag doen.

Dat is belangrijk omdat de positie van de burger sterker moet. De burger is kwetsbaar, zeker in de digitaliserende wereld. De overheid maakt steeds meer gebruik van data en van computersystemen, waar niet iedereen mee uit de voeten kan. Daarom ziet de Ombudsman digibeten en ouderen steeds meer de dupe worden van onvolkomenheden bij de overheid, naast meer traditionele zwakke groepen, zoals laaggeletterden, mensen met een verstandelijke beperking of mensen die afhankelijk zijn van een persoonsgebondenbudget (pgb). Daarbij moet worden bedacht dat het niet opkomen voor rechten of belangen niet alleen een kwestie is bij groepen die dat niet of moeilijker kunnen, maar ook bij groepen die daar simpelweg de tijd en ruimte niet voor hebben. Een voorbeeld zijn tweeverdieners met kinderen, die vaak allang blij zijn dat ze alles draaiende weten te houden op het werk en thuis en niet altijd de tijd hebben om ook nog eens een klacht in te dienen bij de Ombudsman of elders.

Big Data kan deze problematiek groter maken. Voor de Ombudsman is het fenomeen Big Data op zichzelf niet wezenlijk, het gaat er om wat Big Data doet met de positie en belangen van burgers. Het probleem is de kennis van Big Data: wat is het überhaupt, hoe werkt het precies en wat gebeurt er dan? Daarbij komt dat mensen het vaak niet eens weten dat als zij een probleem hebben, dat door Big Data wordt veroorzaakt of daaraan gelieerd is. Personen klagen over een effect, een bestaande situatie, niet zozeer over het systeem daarachter.

Dat maakt het gelijk lastig voor de Ombudsman. Bij een klacht is het lang niet altijd duidelijk wat er nu precies speelt. Daarbij moet eerst een zoektocht worden opgetuigd naar wat er precies aan de hand is. Daarbij komt dat de overheid niet altijd happig is om informatie te delen over de computersystemen die zij gebruikt en de datasets op basis waarvan analyses worden gedaan en beslissingen genomen. Niet zelden is het maandenlang touwtrekken voordat de overheid openheid geeft en dan nog is de informatie soms onder embargo. Nog lastiger is het als, iets wat niet zelden voorkomt, de overheid ook niet precies weet wat er nu precies is gebeurd en hoe de systemen eigenlijk werken. Dat is met name een punt als er bij de data-analyses computerprogramma's en algoritmen worden gebruikt die complex en geavanceerd zijn. Als de overheid niet langer kan uitleggen en zelfs niet langer begrijpt hoe

eigen processen werken en hoe besluiten tot stand zijn gekomen is dat natuurlijk een probleem op zich.

De Ombudsman is onlangs een onderzoek gestart rond privacy. Zijn focus ligt op de zogeheten ketenoverleggen tussen verschillende overheidsinstanties waarin gegevens van burgers worden gedeeld. Het gaat bijvoorbeeld om gemeenten die burgers helpen bij een vraag om zorg of ondersteuning. De vraag die in dit onderzoek centraal staat is: Wat mogen burgers van de overheid verwachten als het gaat om het bieden van maatwerk en dienstverlening in relatie tot het waarborgen en respecteren van de privacy?

Voor 2018 is digitalisering sowieso een belangrijk thema. De ombudsman verwacht dat de overheid daarbij haar verantwoordelijkheid neemt voor de systemen, aandacht heeft voor de toegankelijkheid en mogelijkheid om op een andere manier contact te hebben en voor de manier waarop binnen het digitale systeem zaken kunnen worden geregeld, ervoor zorgt dat systemen gebruiksvriendelijk zijn en dat oplossingsgericht wordt gehandeld als er problemen ontstaan.

Digitalisering en privacy komen dan ook prominent terug in de onderzoeksagenda.

- Verkenning "datakoppeling/Big Data": De Nationale ombudsman zal in 2018 specifiek aandacht hebben voor het onderwerp "Big Data". Daarbij ligt de focus op de wijze waarop het burgerperspectief bij het gebruik daarvan is geborgd. Na de verkenning van de ontwikkelingen en het monitoren van de ontvangen signalen en klachten wordt de balans opgemaakt of de Nationale ombudsman een onderzoek op dit onderwerp start.
- Digitale formulieren: De overheid werkt in toenemende mate met digitale formulieren. De ombudsman wil onderzoeken of de digitale formulieren voor burgers bruikbaar zijn en welke verbeteringen nodig zijn.
- Digitale identiteit van overledenen: De ombudsman ontvangt signalen van nabestaanden dat de overheid digitale post aan overledenen stuurt. Nabestaanden van overledenen beschikken over het algemeen niet over de DigiD van de overledene en kunnen de digitale post niet bekijken. De ombudsman wil in kaart brengen welke instanties hierbij een rol spelen en welke oplossingen mogelijk zijn.
- Privacy: In allerlei systemen zijn persoonsgegevens opgeslagen en worden gegevens aan elkaar gekoppeld. Voor overheidsinstanties is het in hun dagelijkse uitvoeringspraktijk gemakkelijk om toegang te hebben tot allerlei gegevens. Tegelijkertijd biedt het mogelijkheden voor op maat gesneden dienstverlening. De ombudsman onderzoekt wat burgers, vanuit de behoorlijkheid, mogen verwachten van de overheid als het gaat om het respecteren van privacy bij het aanvragen van voorzieningen.

De Ombudsman heeft een aantal klachten ontvangen die gerelateerd zijn aan de Big Data problematiek; vaak zijn ze gelinkt aan het recht op privacy, gelijke behandeling en het recht op een eerlijk proces. De klachten gaan doorgaans over profilering en automatische besluitvorming op basis van data. Voorbeelden zijn:

- Sociale Verzekeringsbank en kindertoeslag⁴⁸⁰, waarbij de toeslag van 232 gezinnen werd stopgezet op basis van data, bijvoorbeeld of er een partner in het buitenland was.

⁴⁸⁰ Zie Rapport 2017/095: Belastingdienst treft 232 gezinnen met onevenredig harde actie.

Achteraf bleek dat in zo de helft van de gevallen stopzetting onterecht was. Er lopen nu nog procedures bij de Raad van State op dit punt.

- In gijzeling nemen van mensen met openstaande geldboetes⁴⁸¹; daarbij worden twee databases aan elkaar gekoppeld en als er een hit is worden mensen opgepakt.
- Basisregistratie personen⁴⁸²; als er andere personen op jouw adres staan ingeschreven, kan je automatisch worden gekort op toeslagen

Bij Big Data inzet komt een aantal problemen terug:

- De mens/de burger wordt uit het oog verloren. Er worden automatische beslissingen genomen op basis van data, zonder dat er menselijke tussenkomst is. Efficiëntie van Big Data wordt geroemd; het is voor de overheid kosten-efficiënter om niet op elke particuliere casus te kijken. Dat kan de positie van de burger schaden.
- Daarbij komt de problematiek van vervuilde data – niet zelden wordt verouderde, incomplete of incorrecte data gebruikt of gemixt met op zich goede data.
- Vaak gaat het ook fout doordat verschillende systemen aan elkaar worden gekoppeld. Er zijn mismatches tussen data en het wordt steeds moeilijker te achterhalen waar een eventuele fout zijn oorsprong vindt. Het Estlandse model gaat uit van één systeem, waarbij steeds eenvoudig kan worden gecontroleerd of de data nog kloppen en wie er toegang tot kan krijgen.
- Ook in het contact met de burger verloopt het niet zelden moeizaam. Zo vragen sommige instanties wel drie keer of ze data mogen gebruiken, omdat de data in drie verschillende systemen zijn opgeslagen en/of voor drie verschillende doeleinden worden gebruikt (CAK).
- Daarnaast is er de eerder genoemde problematiek dat overheden hun eigen systemen niet altijd snappen en/of niet kunnen uitleggen hoe een beslissing tot stand is gekomen.

Omdat de burger in dit soort systemen zelf steeds zwakker komt te staan kan er worden gekeken naar alternatieve vormen van klachtrecht. De Ombudsman heeft ruime ervaring met niet-individueel klachtrecht.

- Personen mogen hun eigen belangen vertegenwoordigen
- Personen mogen ook algemene belangen of belangen van groepen vertegenwoordigen. Dit kan zijn particuliere burgers of professionele partijen. Advocaten die opkomen voor verdachten en slachtoffers en bijvoorbeeld klagen over de wijze waarop de politie omgaat met mensen van Roemeense afkomst en vermoeden dat daarbij mogelijk etnisch wordt geprofileerd.
- Groepen mogen ook klachten indienen – bijvoorbeeld Roma en Sinti in verband met woonwagengebeide⁴⁸³
- Rechtspersonen (belangengroepen) kunnen klachten indienen
- Soms worden verschillende klachten samengevoegd omdat ze een groter beeld laten zien. Bijvoorbeeld slachtoffers van inbraak en vernieling, waarbij bijvoorbeeld breder de indruk bestaat dat de politie weinig oog heeft voor slachtoffers.

⁴⁸¹ Zie Rapport 2015/160: Onderzoek naar het gijzelen van mensen die boetes wel willen, maar niet kunnen betalen.

⁴⁸² Zie Rapport 2017/081: Belastingdienst Toeslagen zet huurtoeslag stop op basis van verkeerde gegevens in de BRP.

⁴⁸³ In de praktijk gaat dit vaak ook weer via vertegenwoordigingen/ belangengroepen (vaak Verenigingen

- Specifieke zaken kunnen ook aanleiding zijn voor een breder onderzoek naar een bepaalde praktijk of beleid van de overheid
- Soms zijn er ook organisaties die zich niet zozeer opwerpen als vertegenwoordiger, maar wel veel kennis hebben van problemen waar een groep burgers tegenaan loopt (denk aan bijv. Leger des Heils of Stichting MEE); wat zij vertellen, wordt dan als informatie/ signaal gebruikt voor een onderzoek uit eigen beweging.

Er zijn verschillende redenen voor burgers en vertegenwoordigers om zich tot de Ombudsman te wenden:

- Burgers wenden zich gemakkelijker tot de Ombudsman dan tot de rechter: toegang tot de ombudsman is kosteloos; indienen van een klacht is vormvrij (per post, telefonisch, per e-mail, via klachtformulier op de website)
- De Ombudsman probeert een probleem aan te pakken en te kijken naar een concrete oplossing
- De Ombudsman biedt geen schadevergoeding, maar daar is het ook niet alle klagers om te doen. Onderzoek van de Ombudsman wordt evenwel soms ingebracht in juridische procedures.
- Bij slachtoffers die in een strafrechtelijk onderzoek oneerlijk zijn behandeld is hun rechtspositie in het strafrecht vaak zwak als zij uiteindelijk niet als verdachte zijn aangemerkt en voelt de weg naar de civiele rechter voor schadevergoeding als omslachtig en misplaatst.
- In sommige rechtsgebieden, bijvoorbeeld sommige besluiten van de Belastingdienst (de 'directeursbeslissingen'), kan geen beroep worden ingesteld bij de rechter. Dan fungeert de Ombudsman voor veel advocaten als vorm van rechtsbescherming.
- Etc.

Het voordeel van gebundelde klachten is dat ze een groter beeld laten zien; het voordeel van vertegenwoordigers, zoals professionele advocaten of belangengroepen is dat ze de argumenten soms geordender brengen en in een vorm die bruikbaar is, dat ze de klachten van een duiding voorzien en dat ze kunnen meedenken over goede oplossingen voor het probleem. Door klachtenbundeling krijg je het grote beeld over een hele groep of over het hele land. Toch kunnen er ook nadelen worden aangewezen. Zo is het bij een klacht ingediend door een advocaat niet altijd zeker of de juridische klacht ook echt het probleem van de burger is⁴⁸⁴ – waar gaat het de burger nu echt om? Dan is de vraag wie de Ombudsman als aanspreekpunt dient te kiezen, de burger, de advocaat of beide. Bij de vertegenwoordiging van groepen is ook niet altijd duidelijk of een vertegenwoordiger nu een hele groep vertegenwoordigt of slechts een deel. Dat wordt niet expliciet gecontroleerd, maar komt doorgaans vanzelf naar boven als de Ombudsman spreekt met overheden (die kunnen er bijvoorbeeld op wijzen dat de vertegenwoordiger slechts voor een kleine groep opkomt of slechts een zeer particulier probleem aankaart) of als de Ombudsman spreekt met belanghebbenden, waardoor er een ander of gemêleerder beeld kan ontstaan. Het gevaar kan ook zijn dat de Ombudsman door partijen voor hun karretje wordt gespannen – dat is op zich geen probleem als het punt dat zij aankaarten relevant is – wel is het iets om extra oplettend op te zijn.

Daarnaast kan de Ombudsman ook het nodige buiten klachten om:

⁴⁸⁴ Hier bestaat het gevaar van juridisering van de oorspronkelijke klacht. Mogelijk gaat het de burger in de kern om iets heel anders.

- De Nationale Ombudsman kan ook zelf onderzoek instellen ('onderzoek uit eigen beweging') – hij gaat dan vaak actief naar belanghebbenden en groepen die hen vertegenwoordigen toe om te horen wat er speelt en welke problemen er leven. Dat gebeurt soms op eigen initiatief, maar voor ook op instigatie van of naar aanleiding van signalen uit de praktijk (vertegenwoordigende organisatie van vrouwen in de opvang die aangeven dat er misstanden zijn).
- Ook gebeurt het dat de Ombudsman wordt gevraagd om bij evaluaties van wetgeving mee te denken of stukken aan te leveren. Zo is er bij de Wet op de gemeentelijke schuldhulpverlening een tussenevaluatie geweest van Berenschot en is de Ombudsman door Kleinsma gevraagd om de ervaringen van burgers bij deze wet op te schrijven.
- Soms zet de Ombudsman ook partijen van te voren bij elkaar, middels een rondetafelgesprek. Dan spreken partijen met elkaar voordat er een wet of beleid wordt gemaakt, al dan niet onder leiding van de Ombudsman.
- Soms is een wet zelf aanleiding voor onderzoek uit eigen beweging, zoals de zogenaamde Fraudewet.⁴⁸⁵ Dat heeft uiteindelijk bijgedragen aan aanpassing van die wet.
- De afgelopen jaren heeft de Nationale ombudsman zich ingezet voor betere waarborgen voor de bescherming van de beslagvrije voet, onder meer door hiervoor aandacht te vragen in brieven aan de Tweede Kamer en door commentaar te leveren op wetsontwerpen die het beslag regelen.

Er zijn drie trends waar te nemen:

- Alhoewel de Ombudsman officieel geen onderzoek mag naar wet- en regelgeving is er in de praktijk een verschuiving zichtbaar. Steeds meer wordt niet alleen achteraf gereageerd op wetgeving en de gevolgen daarvan, maar wordt de Ombudsman van te voren betrokken bij beleid en wetgeving. Dat gebeurt vaak op expliciete instigatie van ambtenaren en ministeries.
- Ook is er een trend, die daarmee samenhangt, naar meer informele aanbevelingen en onzichtbare adviezen. Die zijn niet altijd openbaar en daarom soms invloedrijker, al moet gezegd dat ook de openbare aanbevelingen over het algemeen goed worden opgevolgd.
- Vanuit de Ombudsman wordt zelf ook beter gemonitord wat er met de adviezen gebeurt. Vroeger gebeurde het wel eens dat de ombudsman genoeg nam met het voornemen van een overheid om de aanbeveling uit te voeren. Nu wordt dat vanuit de Ombudsman gemonitord. Een bekend voorbeeld is de PGB-problematiek, waar periodiek op werd gerapporteerd aan de Tweede Kamer en waarmee pas werd opgehouden toen het aantal probleemgevallen structureel en significant minder was geworden.

Om het klachtrecht te bestendigen in het Big Data tijdperk is een aantal veranderingen het overwegen waard:

- De Ombudsman zou ook officieel moeten kunnen reageren op wetten en beleid (iets wat in de praktijk al gebeurt)
- De Ombudsman en andere overheidsorganisaties zouden meer expertise op dit gebied in huis moeten halen.

⁴⁸⁵ Zie Rapport 2014/159: Geen fraudeur, toch boete. Een onderzoek naar de Fraudewet in de praktijk.

- Daarbij is het belangrijk dat ook de ambtenaren en medewerkers die concreet met de datasystemen werken daar iets over kunnen zeggen en uitleggen aan burgers. Niet zelden gebeurt het dat er bij bijvoorbeeld gemeentes een ingewikkeld datasysteem wordt geïntroduceerd, er een extra toezichtslaag wordt toegevoegd of een specifieke ombudsman wordt aangetrokken op dat gebied. Meer toezicht en toezicht op toezicht is niet altijd de oplossing; het kan meer bureaucratie betekenen en meer afstand tussen de burger en het datagebruik. Liever weten de ambtenaren die werken met die systemen hoe ze werken en kunnen ze dat uitleggen aan burgers zelf. Dat houdt de lijnen kort.
- De Ombudsman is bezig zoveel mogelijk drempels weg te halen voor burgers om een klacht in te dienen. Andere overheidsorganisaties zouden daar een voorbeeld aan kunnen nemen. Juist in de steeds complexere samenleving is het belangrijk om geen groepen of personen af te schrikken door barrières.
- Er zou ook een omslag moeten komen in informatievoorziening. Nu is het zo dat de burger informatie moet vragen en er wordt ingezet op het wegnemen van barrières, het responsief reageren en het beschikbaar hebben van de relevante informatie. In de toekomst zullen overheidsorganisaties zelf proactief informatie moeten delen en burgers ervan op de hoogte stellen dat er gegevens over hen worden verzameld, waarom en hoe. Er worden immers zo veel gegevens over personen verzameld, dat het voor de burger allang niet meer overzichtelijk is wie er eigenlijk gegevens over hem heeft en waar hij zou moeten aankloppen voor verdere informatie.

6.1.12 Privacy First

3 mei 2018

Interview met: Vincent Böhre

Interview door: Bart van der Sloot

Stichting Privacy First is vooral bekend van de rechtszaken die zij voert, maar dat is slechts het sluitstuk van de activiteiten. Het is een klein onderdeel van de grotere strategie.

1. Het beginpunt voor Privacy First is kennisvergaring en -vermeerdering. De stichting kiest een aantal thema's en dossiers waarop zij zich profileert en waarin ze middelen investeert. Op deze thema's, maar ook breder, wordt aan kennisuitwisseling gedaan. Zo voert Privacy First een keer per jaar een gesprek over actuele privacy-thematiek met het hoofd van de AIVD en heeft de stichting ook andere officiële contacten, bijvoorbeeld bij de Nationale Politie en CTIVD. Daarnaast worden er evenementen georganiseerd voor de achterban.
2. Als er concrete aanleiding bestaat, bijvoorbeeld bij een (voornemen) tot wetgeving, dan zal Privacy First allereerst proberen te lobbyen en via stille diplomatie proberen aandacht te genereren voor de privacygevoelige onderwerpen van zo'n voorstel.
3. Als dat niet lukt dan zal er een publiekscampagne worden gestart. Een open brief aan de krant of aan de Tweede Kamer, tamtam maken via de website of de achterban mobiliseren middels specifieke projecten (denk bijvoorbeeld aan <https://specifieketoestemming.nl/> over medische privacy). Ook hierdoor kan de publieke opinie worden gevormd en het politieke proces worden beïnvloed. De mogelijkheid om op consultatieversies van wetgeving te reageren moet niet worden overschat; in de praktijk wordt er weinig gedaan met de ingebrachte visies, standpunten en argumenten.
4. Pas als de vorige drie stappen geen effect hebben gesorteerd zal er worden overgegaan tot een rechtszaak. Privacy First heeft tot nu toe een handvol rechtszaken gevoerd (<https://www.privacyfirst.nl/rechtszaken-1.html>). Sommige daarvan zijn als succes te bestempelen, denk aan de zaak rond de telecom-bewaarplicht. Andere zaken hebben deuren gesloten, denk aan de paspoortzaak. Enerzijds is de opslag van vingerafdrukken deels onder druk van die zaak stopgezet, anderzijds heeft deze zaak juist de ontvankelijkheid bij nieuwe zaken beperkt.

Het belang van een rechtszaak zit voor Privacy First op een aantal punten. Allereerst is het een signaal naar de wetgever – dit pikken wij niet. Ten tweede is het belangrijk om burgers en de publieke opinie (alsnog) mee te kregen. Ten derde is het meest essentiële het ontlokken van belangrijke jurisprudentie ten aanzien van het voorliggende onderwerp zelf; ook kan dergelijke jurisprudentie een precedentwerking hebben voor andere zaken.

Daarbij kiest Privacy First vaak voor de 3:305a BW procedure en niet de 1:2 lid 3 Awb mogelijkheid. Daarvoor zijn globaal twee redenen aan te wijzen. Ten eerste is het probleem in het bestuursrecht dat algemeen verbindende voorschriften niet mogen worden aangevochten (8:3 Awb); dit is nu juist vaak de kern van een rechtszaak. Ook is het vereiste van feitelijke werkzaamheden niet zo streng in het civielrecht. Ten tweede blijkt in de praktijk dat bestuursrechters vaak ontvankelijker zijn voor de argumenten van de overheid dan de civiele

rechters. Civielrechtjuristen zijn vaak preciezer, nauwkeuriger, juridischer; het bestuursrecht is vaak politieker. De Raad van State is ook op de vingers getikt door het EHRM omdat het te formalistisch zou opereren en heeft op tal van dossiers (denk aan asielzoekers) nu niet bepaald een pro-mensenrechtenprofiel.

Artikel 3:305a BW maakt mogelijk dat ook voor ideële belangen wordt opgekomen; dat doet Privacy First doorgaans. Het komt niet zozeer op voor groepsbelangen, wat ook mogelijk is onder dezelfde bepaling. In materiële zin is de kern van de zaken die Privacy First initieert doorgaans een beroep op de strijdigheid van wetten met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens; bij regelgeving van lagere overheden wordt ook verwezen naar wetten en met name de Nederlandse grondwet (ivm toetsingsverbod kan dat niet bij wetten). Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit zijn kernelementen waarop vaak een beroep wordt gedaan. Eventueel wordt er dan nog verwezen naar 6:162 BW, de onrechtmatige daad.

Bij artikel 3:305a BW is vereist dat, alvorens je een zaak indient bij de rechter, je eerst tot een vergelijk tracht te komen met de tegenpartij. Dergelijke gesprekken heeft Privacy First inmiddels een aantal keer gevoerd. In essentie is dit een goed vereiste, maar in de praktijk levert het weinig concreets op. Ook is niet de verwachting dat in de toekomst er tot een vergelijk zal worden gekomen door dit vereiste. Vaak worden dergelijke gesprekken gevoerd met de landsadvocaat en/of met een aantal hoge ambtenaren. De gesprekken lopen nogal wisselend. De eerste keer dat zo'n gesprek heeft plaatsgevonden kreeg Privacy First de sterke indruk dat de ambtenaren geen serieuze poging deden om tot een gesprek te komen, laat staan een oplossing. Ook gesprekken met de landsadvocaat lopen niet altijd vlekkeloos en er ontstaat soms de indruk dat het niet de hoogste prioriteit heeft, bijvoorbeeld door te vergeten notulen te maken van een gesprek. Desondanks hebben deze gesprekken toch zin, omdat Privacy First ze benut om vragen te stellen, die eventueel kunnen dienen als voorbereiding van de rechtszaak. Dat kan zijn door bepaalde informatie boven de tafel te krijgen; dat kan ook zijn doordat je merkt dat er op bepaalde vragen juist geen informatie wordt gegeven of ontwijkend wordt geantwoord.

Bij ideële acties hoef je geen schade aan te tonen voor de rechter. Er wordt wel nagedacht over de mogelijkheid om ook algemene acties toe te staan waarbij schade en financiële compensatie centraal staat: de Wet Massaschade en de mogelijke aanpassing van het BW die nu aanhangig is. Ook in de AVG staan mogelijkheden genoemd van vertegenwoordiging. Privacy First staat dubbel in een dergelijke mogelijkheid. Als mensen schadevergoeding zouden kunnen krijgen middels een grote procedure, dan zou dat op zich mooi zijn. Zowel het EHRM als de Nederlandse rechter kennen soms een vergoeding voor immateriële schade toe bij privacyschendingen; dan zou het dus zo kunnen zijn dat bij een bewaartermijnoverschrijding van telecommunicatiegegevens er een paar miljoen mensen een schadevergoeding zouden kunnen indienen. Ook al is het dan maar 1000 euro per persoon, het bedrag kan hoog oplopen en zo een sterk signaal aan de overheid geven. Aan de andere kant vindt Privacy First het juist belangrijk dat algemeen belangacties ook echt zuiver ideel blijven. Het gevaar is dat mensen en organisaties anders klachten gaan indienen alleen maar om geld te krijgen; daarmee krijg je mogelijk avonturiers of armlastige rechtspersonen die proberen zo een graantje mee te pikken. Daar moet voor worden gewaakt; het gaat bij ideële acties juist niet over schade of over het bevorderen van een claimcultuur, maar om het beschermen van het algemeen belang.

Dat is ook een belangrijke achtergrond van artikel 3:305a BW. Het ging bij de introductie juist om de gedachte dat algemeen belangacties de rechtsstaat zouden kunnen versterken. Het gaat uiteindelijk om de bescherming van de democratische rechtsstaat – er moet altijd kunnen worden gecontroleerd of de democratie niet een wet voortbrengt die de rechtsstaat en de daaraan gekoppelde waarden ondermijnt. Het is in zekere zin ook een typische product van de jaren '90. Nu is de wind gedraaid en lijken veel beleidsmakers en de regering algemeen belangacties vooral als hinderlijk en onpraktisch te ervaren. Dat is ook een minpunt van het voeren van rechtszaken, namelijk dat de sfeer er door verhardt en mensen zich soms juist meer in hun eigen positie gaan ingraven. Eigenlijk is dat gek; als een wet goed is, dan is het ook geen probleem om die aan de rechter voor te leggen. Als de wet nog moet worden aangepast om rechtsstatelijke aspecten nog beter tot hun recht te laten komen, dan is dat inderdaad in het algemeen belang en dus goed. Er wordt nu vaak te krampachtig over gedaan, terwijl het in wezen iets is wat de overheid zou moeten toejuichen.

Kernprobleem thans met het voeren van rechtszaken op basis van artikel 3:305a BW is de uitspraak van de Hoge Raad in de paspoortzaak. Die verliep sowieso wat merkwaardig:

- In eerste aanleg werd stichting privacy first niet ontvankelijk verklaard omdat we voor een soort emotioneel belang zouden opkomen; daarmee miskende de rechter gewoon het hele bestaansrecht en idee achter artikel 3:305a BW
- In hoger beroep heeft het Hof geoordeeld dat wij wel degelijk voor een ideëel belang zouden kunnen opkomen.
- De Hoge Raad heeft in feite voor een groot deel de deur dicht gedaan. Naar verluidt heeft de HR met de Raad van State vooroverleg gehad middels een zogenoemd rechtseenheidsoverleg (ingesteld na het enigszins ongemakkelijke verschil in de SGP zaak tussen de beide instituten); daarin is besloten dat de Raad van State de zaak zou oppakken. Daarbij is besloten dat als individuen nog een beroepsmogelijk openstond in het bestuursrecht, er niet geklaagd kon worden onder artikel 3:305a BW door Stichting Privacy First en individuele mede-eisers (een lijn die teruggaat tot de zaak over de Turkse immigranten en zelfs het Iusta Causa arrest uit 1983). Dat is merkwaardig om twee redenen. Ten eerste gaat het lijnrecht in tegen de wetgever en de kamerdiscussie over 3:305a BW, waarin is benadrukt dat deze rechtsmogelijkheid ook open zou moeten staan als er nog een bestuursrechtelijk middel open staat. Ten tweede omdat het nu betekent dat burgers jarenlang zonder paspoort door het leven moeten gaan (weigering vingerafdruk; geen paspoort; bezwaar; beroep; rechter, hoger beroep, etc; eventueel Europese procedure) alvorens er een definitief oordeel wordt geveld.

Ondanks deze opmerkelijke uitspraak staat stichting Privacy First nog steeds positief ten opzichte van de mogelijkheid die wordt geboden door artikel 3:305a BW. Zo bereidt Privacy First op het moment dat het interview wordt gedaan, samen met tal van andere organisaties, een klacht voor over de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Het gaat dan om het referendum dat is geweest, waarna een aantal marginale aanpassingen zijn gedaan aan de oorspronkelijke versie van de wet. Er zal vermoedelijk een bodemzaak komen over de vraag of de Wiv niet in strijd is met artikel 8 EVRM. Nu gaat het echter om een kortgeding, omdat de wet in werking treedt zonder de aanpassingen. Is de wet onmiskenbaar onverbindend? Het is een vrij experimentele zaak, waarvan niet helemaal duidelijk is wat de juridische mogelijkheden zijn wat dit betreft (zie ook het Waterpaktarrest). Momenteel voert Privacy First tevens (in coalitie) een rechtszaak onder 3:305a BW tegen het Systeem Risico Indicatie

(SyRI). Daarnaast wordt door Privacy First een zaak onder 3:305a BW tegen de nieuwe Wet ANPR voorbereid.

Stichting Privacy First is in zekere zin een wegbereider van algemeen belangacties in Nederland, zeker waar het gaat om de bescherming van mensenrechten als privacy. Het is goed dat er inmiddels meer gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid door andere partijen. Het belang van de ideële belangenacties zal in de toekomst waarschijnlijk alleen maar toenemen. In Big Data is de schade aan individuen vaak moeilijk aan te tonen en gaat het veeleer om ideële zaken en vraagstukken. Ook staan individuen vaak zwak omdat grotere partijen met Big Data experimenteren – overheid/grote bedrijven – die vaak veel geld en middelen tot hun beschikking hebben om rechtszaken uit te zitten. Je moet als burger ook maar net de kennis, het geld, het lef en het uithoudingsvermogen hebben om de jarenlange procedure vol te houden. Tot slot is er vaak zeer beperkte informatie beschikbaar over de Big Data projecten (wat gebeurt er überhaupt, welke data worden verzameld, hoe worden ze gebruikt, door wie, etc?), zodat het vaak lastig is om zo'n rechtszaak te beginnen.

Er zijn vijf zaken die van belang zijn om het voeren van algemeen belangacties in Nederland toekomstbestendig te maken:

1. De contra-legen uitspraak van de Hoge Raad in de paspoortzaak moet van de baan. Het moet mogelijk zijn om ideële belangen aan te kaarten via artikel 3:305a BW ook al staat voor concrete belanghebbenden nog een beroep in het bestuursrecht open. Dit staat in wezen los van elkaar.
2. Er moet meer informatie ter beschikking worden gesteld over beleid en de uitvoering daarvan, met name in de context van Big Data (zie ook Syri zaak). Nu moet je vaak eerst een Wob-verzoek indienen om überhaupt te weten wat er speelt en waar je eventueel tegen in beroep zou willen komen. Dat kost veel tijd, energie en middelen.
3. Het belangrijkste obstakel voor algemeen belangacties (naast de uitspraak van de HR in de paspoortzaak) wordt gevormd door de kosten die met dergelijke processen zijn gemoeid. Het is voor veel burgerrechtenorganisaties een flinke hap uit de begroting om een rechtszaak te voeren, laat staan meerdere. Er is op EU niveau een idee voor een proefprocessenfonds (Sophie in 't Veld) en ook een Digital Freedom fonds (Nani Jansen; <https://digitalfreedomfund.org/>). In Nederland zou ook nagedacht kunnen worden om een dergelijk fonds te creëren; als de overheid overtuigd is van haar wetgeving, dan stelt ze middelen beschikbaar om die te laten testen. Het zou kwalijk zijn als rechtsstatelijk principes zouden worden geschonden en dat niet aan de kaak zou kunnen worden gesteld bij een rechter, louter en alleen omdat er geen financiële middelen zijn bij partijen om de kosten daarvoor te dragen.
4. Veel van de Big Data zaken raken niet slechts aan privacy, of aan één bepaald ander recht, maar aan een combinatie van rechten. Zo staan vaak én privacy én vrijheidsrechten zoals het recht op een eerlijk proces én het discriminatieprincipe op het spel. Stichting Privacy First komt vanwege haar statuten slechts op voor de privacy. Rechters gaan doorgaans zeer ruim om met dit criterium, maar het zou niet goed zijn als het in de toekomst zou gebeuren dat partijen worden afgewezen omdat ze slechts voor het ene of andere recht zouden mogen opkomen, of dat als rechtspersonen hun doelstellingen oprekken – bijvoorbeeld naar het opkomen voor mensenrechten als zodanig – zij niet ontvankelijk zouden worden verklaard omdat de doelstellingen te algemeen zouden zijn.
5. Tot slot nog een opmerking van wetgevingstechnische aard. Als het zo zou zijn dat de bestuursrechter wat minder meegaand zou zijn met de overheid, wat voller zou toetsen

en het verbod ex. 8:3 Awb zou komen te vervallen, dan zou het rechtssystematisch gezien eigenlijk beter zijn als algemeen belangacties onder het bestuursrecht zouden vallen. Het blijft een beetje een vreemde eend in de bijt om dat nu middels het civielrecht te regelen; in wezen is de rechtmatigheid van wetgeving immers een bestuursrechtelijk vraagstuk.

6.1.13 Public Interest Litigation Project

8 juni 2018

Interview met: Jelle Klaas

Interview door: Bart van der Sloot

Het Public Interest Litigation Project (PILP) is opgericht in 2014 door het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM). De achtergrond was dat mensenrechten een steeds minder grote rol speelden (leken te spelen) in het politieke discours. Daardoor was de positie van het NJCM en andere mensenrechtenorganisaties in het politieke spel steeds minder bepalend. Het NJCM deed al veel met rapporten, juridische analyses en schaduwrapportages en koos voor een meer actieve benadering, om zodoende de diverse argumenten en zorgen toch duidelijk naar voren te brengen. Daarbij speelt ook dat Nederland geen constitutioneel hof heeft en het dus van wezenlijk belang is om er voor te zorgen dat wetten en beleid aan rechtsstatelijke principes en mensenrechten worden getoetst. PILP procedeert zowel tegen private als tegen publieke partijen.

Op het moment dat het NJCM zich aan het heroriënteren was, was de Open Society Foundation (OSF) op zoek naar partners in nationale rechtsgebieden om public interest litigation uit te voeren. Vervolgens is het PILP opgericht, waarbij het aanvankelijke budget kwam van OSF en de mensen en de expertise via het NJCM werd geregeld. PILP is een vijfjarige pilot, waarmee de mogelijkheden van strategisch procederen op het gebied van mensenrechten in Nederland worden verkend. Strategische procederen voor mensen- en burgerrechten is het op een strategische manier inzetten van een juridische procedure om op deze wijze sociale, politieke of juridische veranderingen teweeg te brengen. Ook kan het individuen en minderheden een stem geven en degenen wier mensenrechten op het spel staan toegang tot het recht verschaffen. De geselecteerde zaken binnen PILP betreffen altijd één of meer mensenrechten en beogen het algemeen belang te dienen.

De pilot is in de loop der jaren steeds verder uitgebreid. Eerst werkte er 1 persoon voor 2 dagen in de week, nu is die persoon samen met een andere collega full time werkzaam en binnenkort zullen hopelijk nog twee mensen worden aangenomen. Er werken zo'n 40 vrijwilligers voor het PILP.

Een aantal verkennende stappen zijn gezet met Iraanse Studentenzaak, waarbij het NJCM en Ashley Terlouw samen optrokken. Nu zijn er vele verschillende zaken aanhangig en zijn er diverse voorlopige onderzoeken om in te schatten waar er kansen liggen voor strategisch procederen. Momenteel wordt PILP gefinancierd vanuit Adessium, stichting Democratie en Media en OSF. PILP is al een aantal keer in het buitenland op werkbezoek geweest. Daarbij wordt gekeken naar hoe public interest litigation in zijn werk steekt in landen als Zuid-Afrika, Groot-Brittannië en de Verenigde Staten. Vooral *American Civil Liberties Union (ACLU)* en *CCR-Justice* zijn voorbeelden voor PILP.

Sinds kort is ook het pro-bono netwerk opgericht. Pro Bono Connect is een bemiddelaar in Nederland tussen maatschappelijke organisaties die juridische hulp nodig hebben en advocatenkantoren die gratis juridisch advies willen verlenen. Vijftien van Nederlands grootste advocatenkantoren ondersteunen Pro Bono Connect. In Angelsaksische landen is dit

een bekend concept onder de naam *public interest clearinghouse*. Pro Bono Connect werd opgericht in november 2015 door het NJCM.

Strategisch procederen heeft een lang voortraject. Vaak worden er eerst rapporten van Law Clinics opgevraagd, procesadviezen bekeken en rechtsvergelijkend onderzoek gedaan. Ook wordt getracht om middels andere wegen alsnog tot een oplossing te komen. Bij de keuze om al dan niet een rechtszaak te voeren is vaak een voortraject van een aantal jaar doorlopen. De keuze hangt af van onder meer de volgende punten:

- Ten opzicht van andere middelen is de kernvraag, helpt een rechtszaak inderdaad het publieke belang. Daarbij stellen we ons onder meer de volgende vragen:
 - o Gaat het inderdaad om een zaak die raakt aan een of meerdere mensenrechten
 - o Gaat het inderdaad om een publiek belang en zo ja, wat is dat publiek belang
 - o Wordt door de zaak het publiek belang geholpen, worden er bijvoorbeeld juridische en sociale veranderingen door teweeggebracht, leidt het tot empowerment van de doelgroep, biedt het wezenlijke juridische precedentes, leidt het tot veel media aandacht of is er een kans op politieke actie naar aanleiding van de rechtszaak
 - o Wat is de kans op succes
 - o Zijn er andere middelen die het doel wellicht beter kunnen dienen – bijvoorbeeld een media campagne of politiek lobbywerk. In het kader van artikel 3:305a BW is vooroverleg verplicht. Dat heeft in het verleden inderdaad tot positieve resultaten geleid. De staat realiseert zich dan bijvoorbeeld dat het beleid op een punt faalt en dat er additionele maatregelen nodig zijn. Voorbeelden zijn een zaak over studerende moeders in het kader van zwangerschapsverlof en het beleid aangaande woonwagengedrag.
 - o Wat is het risico met het voeren van een zaak. Een verlies kan bijvoorbeeld in de beeldvorming zeer negatief uitpakken. Een voorbeeld hiervan was dat een aantal personen Rita Verdonk strafrechtelijk wilde laten vervolgen en daartoe naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stapte. De zaak werd echter niet-ontvankelijk verklaard, wat in de media het beeld opriep dat er geen juridische verwijtbaarheid was ten aanzien van de schipholbrand.
 - o Fietsen we niemand in de wielen. Stel een andere groep is reeds bezig met (de voorbereidingen van) een rechtszaak, dan zal PILP in principe niet zelf een zaak gaan voeren, maar eerder de expertise ter beschikking stellen aan de groep
- Als de eerste vraag positief beantwoord is dan is de volgende vraag, hoe dan? Daarbij spelen onder meer de volgende vragen een rol:
 - o Welke feiten breng je naar voren
 - o Welke advocaten(team) kies je, met welke specifieke expertise – ga je voor een inhoudelijke advocaat, een advocaat die veel weet van het procedureel recht of een combinatie van beide
 - o Welk forum kies je – wil je naar het civielrecht of het bestuursrecht. Beide fora hebben voor- en nadelen
 - Civielrecht wordt vaak gebruikt en is ook door ons een vaak bewandelde weg – de rechters zijn doorgaans kritischer op het bestuur en het is makkelijker om mensenrechtenaspecten naar voren te brengen.
 - Maar in het bestuursrecht kan minder fout, je krijgt vrij makkelijk dossiers en de termijnen zijn beter. Bestuursrecht heeft daarom niet zelden de voorkeur boven het civielrecht. Een voorbeeld waar expliciet

voor dit forum is gekozen zijn de procedures rond het recht op betoging.

- Strafrecht: heeft PILP nog nooit geprobeerd. Het probleem is dat je daarbij de regie uit handen geeft. Bovendien doen politici en andere publieke figuren de laatste tijd al geregeld aangifte om strategische redenen. Daardoor wordt dit middel van minder strategisch nut.
- Welke argumenten breng je naar voren
- Waar zet je op in: bij voorkeur bodemprocedure, maar soms is een voorlopige voorziening juist ook het geëigende middel – zie bijvoorbeeld de zaak rond de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Het liefst inzetten op een inhoudelijke uitspraak van de rechter – de discussie rond ontvankelijkheid van PILP en/of andere klagers doet af van de inhoud. Soms kunnen prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie voor de hand liggen, maar vaak is het ook goed om eerst de Nederlandse rechtsmiddelen te doorlopen. Dat hangt af per type zaak
- Welke klagers bundel je. De inzet is doorgaans het creëren van een zo'n breed mogelijke coalitie.

Initiatief voor zaken kan zowel bij PILP liggen als bij partijen zelf. PILP helpt in de voorbereidingen, neemt een coördinerende rol op zich als er meerdere partijen bij een zaak betrokken zijn en kan als mede-eiser (via het NJCM) of mede-advocaat optreden. Vervolgens worden er brainstormsessies georganiseerd, een strategisch beleid uitgestippeld en mediarichtlijnen vastgesteld, bijvoorbeeld om te zorgen dat verschillende partijen geen tegenstrijdige punten naar voren dragen. Het PILP heeft sinds kort ook zelf een advocaat in dienst die als co-council kan optreden. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn om op veel voorkomende procedurele aspecten of vraagstukken zelf expertise in huis te hebben. Ook is het soms nuttig in verband met de klager – zo kan een PILP council een punt naar voren bergen dat voor de achterban om morele of persoonlijke redenen belangrijk is.

Public interest litigation kan in Nederland een belangrijke rol spelen, nu en in de toekomst. Het is waar dat er een juridificatie in de samenleving plaatsvindt, maar dat heeft ook oorzaken. Als belangrijke principes met voeten worden getreden en daarbij gesprekken of zachte druk geen soelaas bieden dan moet je wel naar andere middelen kijken. Ook de politieke rol van de rechter is geen probleem; het simpele feit is dat ook het parlement wel eens een vergissing maakt of andere belangen boven mensenrechten zwaarder laat wegen. Het is dan belangrijk dat er een second opinion wordt uitgevoerd door een onafhankelijke instantie. Rechtsstaat en democratie moeten beiden worden gerespecteerd; de een kan immers niet zonder de ander. Tot slot is het procederen momenteel van extra groot belang omdat er bezuinigingen zijn doorgevoerd op de rechtshulp, waardoor juist de zwakkeren in de samenleving in de kou dreigen te blijven staan.

6.1.14 Radboud Universiteit

Afdeling Staats- en bestuursrecht Radboud Universiteit

Interview met: Roel Schutgens en Joost Sillen

Interview door: Bart van der Sloot

Datum: 26 november 2018

Het huidige Nederlandse rechtsstelsel kent een mooie balans tussen het beschermen van individuele en algemene belangen. In de kern zet het in op het beschermen van individuele belangen van burgers in concrete zaken; burgers krijgen rechten toegekend en kunnen zich zo tegen de overheid en overheidsoptreden beschermen als dat in concrete casuïstiek nodig mocht zijn. Toch zijn er ook mogelijkheden om voor collectieve en algemene belangen op te komen, zowel binnen het civielrecht als binnen het bestuursrecht.

Het is goed dat deze mogelijkheden er zijn, maar een directe noodzaak om deze mogelijkheden te verbreden is er niet. Eerder is er reden tot terughoudendheid. Er zijn allerhande kwesties waarmee burgers zich engageren en waar zij zelfs behoorlijk aanstoot aan kunnen nemen, maar dat wil nog niet zeggen dat al die kwesties ook rechtens genormeerd zijn of via de rechter zouden moeten worden opgelost. Het kan leiden tot overbelastingen en politisering van de rechtspraak. Als burgers hun eigen opvattingen over algemene vraagstukken kunnen vertalen in juridische claims zal een substantieel deel van hen dat ook doen. De Wob-tragiek zal zich waarschijnlijk herhalen. Een dergelijke juridificatie van politieke en maatschappelijke vraagstukken gaat voorbij aan het doel en de aard van het recht.

Neem uitgangspunten uit het bestuursrecht, zoals de rol van het belanghebbende-vereiste en beperking op beroep tegen beleidsregels en avv's. Er is geen reden om bezwaar of beroep in te stellen tegen een beleidsregel of avv's als zodanig als de burger daar geen directe hinder van ondervindt. Natuurlijk heeft iedereen belang bij behoorlijk bestuur en deugdelijke beleidsregels, maar dat is iets anders dan eenieder het recht toekennen om in zijn ogen onbehoorlijke beleidslijnen en avv's aan te vechten zonder dat hij daar individueel door is getroffen. Een recht om te procederen – ook tegen avv's – zou de burger slechts moeten toekomen als hij daarbij individueel een concreet belang heeft. De focus op individuele belangen van burgers en de concrete gevolgen van overheidsoptreden is dus de juiste.

Hetzelfde geldt in wezen voor het verbod op constitutionele toetsing van formele wetten. De rechter kan nu reeds toetsen of wetgeving voldoet aan alle rechtsstatelijke en mensenrechtelijke aspecten, onder meer met een verwijzing naar het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het is echter niet wenselijk dat politieke debatten worden overgedaan in de rechtszaal. Stel, in een hypothetisch geval, dat rechters wel de bevoegdheid zou worden toegekend om formele wetten aan de grondwet te toetsen en dat zij hier terughoudend en prudent mee zouden omgaan, dan is het denkbaar dat een dergelijke bevoegdheid een positieve aanvulling op het huidige rechtsstelsel kan vormen. Een dergelijke terughoudendheid is echter niet gegarandeerd – veel waarschijnlijker is het dat rechters deze bevoegdheid toch in bredere zin zullen inzetten. Het gaat dus in wezen om een uitruil – ofwel een rechtsstelsel waar constitutionele toetsing niet mogelijk is, terwijl dat ééns in de zoveel jaar toch wenselijk zou kunnen zijn, ofwel een rechtsstelsel waarin constitutionele toetsing wel mogelijk is, en de kans bestaat dat dit wordt ingezet voor het ventileren van allerhande

politieke en maatschappelijke ongenoegens. Bovendien is de vraag wat een dergelijke vorm van toetsing nu echt kan oplossen. In extreme situaties helpt constitutionele toetsing niet – als een overheid stelselmatig met de rechtsstaat in strijd zijnde wetten aanneemt dan zal een dergelijke overheid zich niet in eens laten stoppen door constitutionele toetsing door een rechter.

Ook de mogelijkheden in het BW voor collectieve en algemene acties zijn goed zoals ze zijn en hoeven zeker niet verder uitgebreid te worden. Wel is het problematisch als de rechter overheidsoptreden in het kader van een onrechtmatige daad toetst aan hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, zoals dat aanvankelijk geschiedde in de Urgendzaak. Maatschappelijke zorgvuldigheid is zó vaag en zó niet juridisch dat een rechter hier in principe vrijwel alles onder zou kunnen scharen. Wel kan hier naar meer substantiële en materieelrechtelijke bepalingen worden verwezen als daar een schending mee zou zijn.

Een wetgevingsbevel is in principe ook niet wenselijk, al zou er een theoretische wereld te bedenken zijn waarin een dergelijke bevoegdheid van de rechter een wenselijke aanvulling op het huidige rechtsstelsel zou kunnen vormen. Daarvoor zou wederom de terughoudendheid en prudentie van rechters een vereiste zijn. Bovendien zou het dan moeten gaan om een zeer concrete aanleiding, bijvoorbeeld een EU richtlijn die niet geïmplementeerd is. Een dergelijk bevel zou dan zonder verdere termijnen of last moeten komen.

Natuurlijk is er nog wel een klein aantal verbeterpunten te noemen:

- De scheiding tussen het privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke traject uit het HR Privacy First-arrest is wat gekunsteld
- Bestuursrechters mogen iets overheids-kritischer, al wordt dat met de jaren al beter
- Rechter mogen burgers meer helpen in het goed formuleren van hun klacht en van de rechtsgronden, zodat de toegankelijkheid van het recht wordt vergroot

6.1.15 Maxim Februari

Interview met: Maxim Februari

Interview door: Bart van der Sloot

Datum: 13 november 2018

Er is een aantal gevaren verbonden aan de data-gedreven samenleving. Ten eerste bestaat er een misvatting over data. Data hebben de zweem van neutraliteit, van objectiviteit. Het lijkt een *datum*, een gegeven, een natuurwerkelijkheid. Het tegendeel is echter waar. Data zijn gemaakt door mensen, ze zijn een product en het resultaat van subjectieve keuzes. Dat is belangrijk omdat er nu vaak nogal naïef van wordt uitgegaan dat data de waarheid representeren en data-analyse de waarheid oplevert, zonder dat daar verder nog een evaluatie overheen moet gaan. Ook worden de resultaten van data-analyses niet zelden gewoon overgenomen en gebruikt als directe input voor beleidsbeslissingen. Er is een gebrek aan controles en standaarden op dit punt.

De rol van data in de samenleving en binnen de overheid wordt steeds groter, terwijl de datahuishouding verre van op orde is. Neem iets simpels als een verhuizing doorgeven. Vroeger gaf je dat aan op één punt en was daarmee je woonplaats en -adres veranderd. Nu zijn er vele kopieën van die data in allerhande andere gremia en databases van de overheid. Het probleem is dus dat je alsnog wordt geconfronteerd met de oude data, die in gekopieerde vorm niet zelden ongecorrigeerd blijven. Dit voorbeeld staat voor een meer algemeen probleem: de datakwaliteit is zeer beperkt. Nog los van het feit dat data een product is van menselijke keuzes en dus niet objectief maar subjectief is, representeren data vaak al in de kern de werkelijkheid niet. Ze vormen een parallelle werkelijkheid.

Een volgend knelpunt van de dataficatie is dat data worden gebruikt voor automatische besluitvorming. Dat heet een rationaliseringsslag te zijn, want de data zouden objectief en neutraal zijn, wat zou staan tegenover de subjectiviteit en feilbaarheid van het menselijke oordeel - een efficiëntieslag, omdat er nu geen mankracht en -uren hoeven te worden ingezet voor de analyses zelf en de uitkomsten van data-analyses een nog efficiëntere inzet van overheidsmiddelen op deelterreinen met zich zou brengen. Dat is op zich al een uiterst discutabele aanname, bovendien is het probleem dat er een bureaucratisering plaatsvindt. De uitkomsten van de data-analyses worden op zich als uitgangspunt genomen en daarmee worden moeilijke morele vraagstukken en ethische dilemma's aan de kant geschoven. Dit sluit aan bij een meer algemene houding die veel binnen de overheid valt te ontwaren, waarbij het voornaamste doel is *cover your ass*, het zo min mogelijk kunnen worden aangesproken op keuzes – liever je verhullen achter protocollen en processen.

Wat er vervolgens gebeurt is dat de werkelijkheid steeds meer in categorieën en cohorten wordt vormgegeven. Data moeten zo in systemen worden ingevoerd dat ze kloppen in de virtuele realiteit, maar de werkelijkheid laat zich nooit helemaal vangen in dergelijke categorieën. Toch wordt de data-werkelijkheid steeds leidender voor de fysieke werkelijkheid, waardoor er een standaardisatie van de werkelijkheid plaatsvindt. Dat geeft burgers een toenemende mate van vervreemding. Daarbij komt dat de burger zijn weg binnen de overheid niet makkelijk kan vinden. Als er ergens een data-fout is gemaakt, waar moet je dan zijn – waar ligt de oorsprong van die fout en hoe zorg je dat alle data-kopieën die zijn gemaakt

verdwijnen, etc. Voor burgers is de overheid die haar handelen baseert op data-analyses steeds ingewikkelder te doorgronden en steeds moeilijker te bereiken.

Dat de overheid steeds voorspellender te werk wil gaan is omdat één van haar voornaamste drijfveren lijkt om risico's uit te sluiten. Vanuit gebeurtenissen uit het verleden probeert de overheid te voorspellen waar volgende risico's zich zullen voordoen, om die zo inzichtelijk te kunnen maken en daarmee ook tegen te kunnen gaan. Dat kan de menselijke handelingsvrijheid danig beperken. Burgers die op zich niets kwaad in de zin hebben kunnen toch in een verdacht profiel zitten. Steeds meer wil de overheid al preventief mensen controleren en begrenzen in hun vrijheid, om maar te voorkomen dat er eventuele problemen zich zullen voordoen. Het eerste probleem is dat dit streven maar in beperkte zin tot resultaten leidt – de overheid kan vooral goed achteraf verklaren waarom er bepaalde risico's zich toch hebben gemanifesteerd. Daarnaast worden veel mensen in hun vrijheid beknot die geen kwaad in de zin hebben.

Wat een misschien wel fundamenteeler probleem is, is dat *civil disobedience* onmogelijk wordt gemaakt. Stel je hebt een wettelijke regel of een maatschappelijke norm en je kan inderdaad voorspellen wie daar zich niet aan zal gaan houden, dan maak je dus de ruimte om de wettelijke regels en maatschappelijke normen te doorbreken steeds beperkter. Zal de toekomstige samenleving nog wel een eigen Rosa Parks hebben? Er dreigt door de dataficatie een verabsolutering van de regels. In de luchtvaartsector wordt vaak gezegd, rules are tools, regels zijn er om normale processen en situaties in goede banen te leiden, maar als de omstandigheden veranderen, als er zich externe factoren voordoen of onverwachte situaties, dan moet een goede gezagvoerder de regels ook kunnen oprekken, loslaten en herinterpreteren. Dat begrip van de relativiteit van regels en de capaciteit om algemene principes te herinterpreteren als de situatie daar om vraagt verdwijnt steeds meer naar de achtergrond.

Binnen de overheid gebeurt ook heel weinig aan statistische methodiek. Statistiek en data-gedreven onderzoek zijn natuurlijk niet iets nieuws noch iets slechts. In de medische sector kan data-gedreven onderzoek bijvoorbeeld een aantal mooie ontwikkelingen brengen. Er is echter wel een aantal duidelijke verschillen met data-gedreven onderzoek en toepassingen binnen de overheidssector. Tinnen de overheid wordt er vaak niet gewerkt met een hypothese, er is geen nulmeting en vaak wordt niet eens een concreet en afgebakend doel met de data-analyse nagestreefd. Er is ook een belangrijk verschil met het bedrijfsleven – veel data-gedreven toepassingen binnen de commerciële sector, zoals bij gepersonaliseerde advertenties, nieuws en zoekresultaten, raken de burger in wezen niet. Dat is bij de overheid doorgaans anders.

Toch leven de gevaren niet echt onder de burger. Dat komt onder ander omdat de materie zo ingewikkeld is. Het is bijna niet voor te stellen wat er nu allemaal met data kan en ook daadwerkelijk gebeurt. Ook hebben mensen het gevoel dat zij weinig invloed hebben op de datarealiteit. Ze leven in een wereld waarin data een steeds belangrijkere rol spelen – je kunt moeilijk alle *smart cities* in Nederland vermijden, om maar een voorbeeld te noemen. Een fundamenteel gesprek of dialoog komt in Nederland niet op gang.

Daarom is het goed dat er mogelijkheden bestaan om via de rechter bepaalde wetten, besluiten en overheidspraktijken te laten toetsen. De rechter moet uiteindelijk zeggen wat kan en wat niet kan. Natuurlijk moet de juridische weg niet de eerste zijn; eerst moet er openheid van zaken komen over welke data overheidsdiensten hebben, wat zij daarmee doen en hoe zij te werk gaan, maar de overheid is niet zelden terughoudend met het verschaffen van informatie

over data-gedreven projecten. Rechtszaken zijn soms nodig om deze basale openheid te bewerkstelligen.

6.2 Verslag uitkomsten expertmeetings

6.2.1 Verlag Workshop: Big Data and non-individual/collective action

29 January 2019, Brussels

In 2016, the Netherlands Scientific Council for Government Policy, part of the Dutch Prime Minister's office, issued a report on the regulation of Big Data. One of the recommendations was that the government should explore whether it is possible to include in the Dutch legal system more legal remedies that transcend the individual. It was argued that the current legal paradigm primarily focusses on protecting individual interests by attributing individual rights to natural persons, while Big Data often affects general and collective interests and natural persons often do not invoke their rights vis-à-vis organisations using Big Data.

As a follow up study, the Scientific Research and Documentation Centre, part of the Dutch Ministry of Justice, has asked the Tilburg University to write a report on what such additional forms of protection and legal remedies might look like. The project team has done comparative research, studying legal doctrines and practices in Belgium, France, Germany and the United Kingdom, such as, but not limited to, class actions, special advocates, group litigation, and constitutional review. As part of this project, Tilburg University organises a special workshop in Brussels, to discuss the various non-individual legal remedies, their pros and cons and their potential use in the Big Data context.

Program:

11.00-11.30	Bart van der Sloot/Sascha van Schendel: Introduction to the project
11.30-12.00	Discussion
12.00-12.30	Ianika Tzankova: State of the art in the Netherlands
12.30-13.00	Discussion
13.00-13.40	Lunch
13.40-14.10	Wojciech Wiewiórowski: Collective action under the GDPR
14.10-14.40	Discussion
14.40-15.10	Marc Rotenberg: Class actions in the United States
15.10-15.40	Discussion
15.40-16.00	Coffee/tea
16.00-16.30	Max Schrems: Collective action in practice
16.30-17.00	Discussion
17.00-17.30	General discussion and final remarks

Minutes of the meeting

Presentation I – General introduction of the project and the preliminary results (Van der Sloot & Van Schendel)

‘Big Data’ as a phenomenon is difficult to define. Most authors are referring to the 3 V-model (variety, velocity and volume) to define Big Data, but at the same time many of them have their own definition of each ‘V’. Van der Sloot characterized it as a ‘fluid concept’, whereby the amount, the volume and the processing speed of the data plays a crucial role in determining if data can be considered as ‘Big Data’. A survey with all Data Protection Authorities (hereafter: DPA’s) within Europe showed that they used ‘Big Data’ as an umbrella-term for different types of new social, technical and economic developments taking place.

The legal regime focuses primarily on individual rights and interests (article 8 ECHR); for example, the European Court of Human Rights (hereafter: ECtHR) does not accept claims by people that have not suffered concrete, real and individual harm; claims *in abstracto* and *a priori* claims, for example, are declared inadmissible. Like article 8 ECHR, the GDPR is mainly focused on individual rights and interests.

In Big Data processes, the individual is mostly unaware that her data are processed. In addition, the individual is typically incidental in Big Data processes – data is gathered about large groups of people, of which a specific individual is a part, but the process as such is not about/targeted at the individual. While an applicant should normally be able to substantiate individual and concrete harm, this is often not possible (and also not the point) in Big Data processes. In addition, the individual faces a lack of time and power (Big Data companies and governmental agencies have high resources), which makes relying on individual rights difficult.

In addition, the current regulatory framework does regulate the gathering/access to data and the use of data, but the processing of large quantities of aggregated data is mostly left untouched. Processing data and finding patterns and statistical correlations is at the core of Big Data processes, but algorithms and statistical analysis as such are not bound by regulatory instruments.

Tilburg University was asked to do a research on how the current legislative framework could be updated to address these and other points vis-à-vis Big Data. In order to give advice on these three points the researchers focused on the current possibilities under Dutch Law and the possibilities in other jurisdictions. In the Netherlands, there are some laws that go beyond individual rights and individual interests, especially in private law. Tort law is used in the Netherlands to assess laws and public policies as well on their legitimacy. Dutch private law does allow legal persons to address concerns of general interests and has possibilities to claim collective damages for groups. Still, on most points, the legal system is based on individual rights and individual interests.

Six other jurisdictions were examined. Under the jurisdiction of the Council of Europe the possibilities are still quite limited, but recently a positive shift has been made in the *Zakharov-*

case,⁴⁸⁶ in which the European Court of Human Rights explicitly allowed an *in abstracto* claim. In the General Data Protection Regulation of the European Union, article 80 allows Member States to adopt rules on collective action in data protection law. However, this does not mean that there is a general right of collective action across Europe. In Belgium, there are various possibilities for collective and public interest litigation, such as in environmental law, anti-discrimination and employment law. Germany and France have both a strong tradition of collective action possibilities in civil law and France also allows for actions by private parties in criminal law; both countries have a system of constitutional review. The United Kingdom has several interesting points for study, such as the group litigation order and the ‘special advocate’. The latter is authorised to review evidence in criminal cases which the suspect is not allowed to review herself.

Discussion

One of the points discussed were the limitations that Belgian law puts on the constitution of the collective redress entities. In Belgium, the limitation lies in the fact that there is an entity in each area of expertise. But in the future more areas can arise, and so can a class action arise in an area which does not have a designated entity who is safeguarding the interests of the group.

Another point discussed was the need for compensation when there is no actual harm damage. Why would you compensate if there is nothing to compensate? Should economic harm be the main focus or can damages also be awarded for immaterial harm or even a violation of public interests? Should damages be fixed to avoid difficult legal discussions? Can redress only be offered in financial form? And is the violation of a right or legal principle in itself enough to count as harm?

Presentation II - The State of Art in the Netherlands (Tzankova)

Private enforcement has two sides: substantive and procedural side. The procedural side exist of four possibilities: collective action, WCAM, contractual assignment and full assignment. Like many other jurisdictions, the Dutch legislator provided a *collective action*. A big restriction of the current regime is that injured parties do not have the possibility to ask for compensation. Currently there is a new legislative proposal, which is aimed to allow for collective damage actions. The *WCAM* basically allows a settlement between the representative, plaintiff, and the wrongdoer, which can be declared binding by the Court of Amsterdam. The *WCAM* is on an opt-out basis. Problematic about the *WCAM* is that it functions on a voluntary basis. It is only useable, when the wrongdoer voluntary agrees to settle. *Contractual assignment* (in Dutch ‘lastgeving’) allows the impaired to entitle someone else to file a claim on their behalf. *Full assignment* on the contrary leads to the situation that the entity obtains the claims and becomes the owner of it. This device is used a lot in the Netherlands in relation to cartel and consumer damage claims.

A claim by an individual or a collective redress entity is mostly based on the Dutch tort in article 6:162 Dutch Civil Code. Five conditions must be met before invoking on this tort: wrongful act, causal relationship, damage, attributable and the principle of relativity. It is the damage and the causal link that are the biggest issues. The Dutch Supreme Court (de Hoge Raad) made a positive movement in case law, which revolved around the question if an

⁴⁸⁶ECtHR 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306 (Roman Zakharov/Russia).

insurance company can ask a fixed amount for damages, while actual costs may differ. The Supreme Court indeed allowed such practice.

Canada's system is based on the contingency fees ('no win, no fee') and on the cost shifting-approach ('win or pay'). The latter approach means that the party that lost the case must pay the procedural costs of the party that won. The costs can be high, whereby parties will be discouraged to proceed. To tackle this issue the Collective Proceedings Funds (hereafter: CPF) has been introduced. The CPF donates an amount of money to a party for bringing a case and will bear the costs if the case is lost. When the case is won, the CPF can claim 10% of the awarded damage. To be eligible for the donation, the CPF does not only look at the commercial viability. A public interest must also be at stake.

Discussion

The question arose if Third Party funding (hereafter: THP-funding) is or is not desirable, because the motivations of these funders can be different than the motivations of the insurance companies. Reference was made to Australia, where THP-funding exist over more than 18 years and seems to contribute to more and better access to justice. On the other hand, caution was called for to introduce such systems in Europe, because there of the various difficulties that plague such systems.

Presentation III - Collective Action under the GDPR (Wiewiorowski)

The EDPS is not representing the European Data Protection Board (hereafter: EDPB) neither is it representing other EU bodies.

According to article 16 (1) TFEU everyone has the right on personal right. In the second paragraph of article 16 TFEU is, in complicated words, authority is given to the European Parliament (hereafter: The Parliament) and the Council to take action to achieve the objective mentioned in paragraph one. This article was used last year in order to enact the GDPR.

The issue of collective actions is a global one that always exist in many jurisdictions. Between these jurisdictions you may find similarities and differences. One of the main goals of the GDPR was to harmonize the rules regarding to data protection within Europe. However, there are several provisions, like article 80 GDPR, that are 'directive-like'. They leave it up to Member States to adopt measures they feel are suitable within their jurisdiction.

The call not to 'over regulate' things is also reflected in article 67 Regulation 2018/17/25, which is similar to article 80 GDPR. This regulation is enacted in November 2018. Article 67 of the Regulation gives the right to start a collective action against one of the institutions or agencies of the European Union.

Although directive-like provisions in the GDPR allow for cultural and legal differences between Member States, such opening are also used for choices that do not reflect such differences, but merely reflect the political agenda on that moment in a particular country.

According to a report of the BUEC only five Member States have a collective redress system which can be understood as 'relatively well-functioning'.

Discussion

Some suggested that it could be interesting to give the DPA's the space to give opinions about the regime for collective actions in their countries. The question is whether such would mean that the EDPB should step in to issue a general guideline. Harmonisation on this point throughout the EU seems too difficult at this point.

Presentation IV - Class actions in the United States (Rotenberg)

Preliminary Notes

- "Collective action" (EU) = "class action" (US)
- Vital for consumer protection - enable: (1) reform of business practices, and (2) compensation for consumers
- But very controversial - settlements are often unfair, lawyers get rich, companies continue illegal practices
- Problems with "cy pres" awards - money goes to organizations aligned with interests of companies, not consumers.

Many Efforts by EPIC on Class Action Fairness

- Statements to courts opposing unfair settlements
- Recommendations to law reform committees
- EPIC award to consumer group (Campaign for Commercial Free Childhood) that refused cy pres award in unfair settlement
- Academic analysis and proposal for objective criteria
- Amicus briefs to federal courts about class action fairness

Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches Editors: Wright, David, De Hert, Paul (Eds.) (2016) Enforcing Privacy Rights: Class Action Litigation and the Challenge of cy pres Rotenberg, Marc (et al.)

- 1/ "The enforcement of rights is a critical requirement of privacy law. Absent actual enforcement, there is little meaningful incentive for companies to comply with privacy requirements. Enforcement also helps to ensure that the individuals whose privacy is placed at risk are fairly compensated. In matters involving a large number of consumers, providing a remedy to all users affected by a company's practice is difficult and often times inefficient. For this reason, courts in the US provide for "class action litigation", lawsuits brought on behalf of a large number of individuals in similar circumstances. The theory is that it is more efficient to merge all of the individual suits that might otherwise be brought." - Rotenberg/Jacobs (2016)
- 2/ "But class action litigation has its own shortcomings. Attorneys who represent the class members frequently settle these cases with the companies and agree to terms that provide benefits to the company, such as eliminating the possibility of all future lawsuits, and sacrifice the benefits that the individuals who they purport to represent might otherwise achieve. US courts are sensitive to the problem of collusion between the lawyers in class action settlements and have increasingly scrutinised these agreements to ensure that the settlements protect the interests of class members and are consistent with the purposes for which the lawsuit was brought." - Rotenberg/Jacobs (2016)
- 3/ "In the area of consumer privacy, the problem is particularly serious with class action attorneys increasingly trading the privacy rights of Internet users for their own

private benefit. As a consequence, US consumer privacy organisations are challenging the settlements and turning to the Federal Trade Commission and others to block their adoption.” - Rotenberg/Jacobs (2016)

- 4/ “We recommend that the US courts continue to closely scrutinise these agreements for fairness to the class members. Regarding the allocation of funds from such settlements, we propose that courts adopt objective criteria to ensure that the monies will be distributed for purposes that serve the interests of the class and are consistent with the reason for the litigation. we contend that these factors are the fundamental requirements for *cy pres* allocations.” Rotenberg/Jacobs (2016)

United States Supreme Court: MEGAN MAREK v. SEAN LANE, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF ALL OTHERS SIMILARLY SITUATED, ET AL. (2013) No. 13-136

Argued: Decided: November 4, 2013

- “In August 2008, 19 individuals brought a putative class action lawsuit in the U. S. District Court for the Northern District of California against Facebook and the companies that had participated in Beacon, alleging violations of various federal and state privacy laws. The putative class comprised only those individuals whose personal information had been obtained and disclosed by Beacon during the approximately one-month period in which the program's default setting was opt out rather than opt in. The complaint sought damages and various forms of equitable relief, including an injunction barring the defendants from continuing the program.
- In the end, the vast majority of Beacon's victims got neither remedy. The named plaintiffs reached a settlement agreement with the defendants before class certification. Although Facebook promised to discontinue the "Beacon" program itself, plaintiffs' counsel conceded at the fairness hearing in the District Court that nothing in the settlement would preclude Facebook from reinstating the same program with a new name. See Tr. 18 (Feb. 26, 2010) (counsel for named plaintiffs) ("At the end of the day, we could not reach agreement with defendants regarding limiting their future actions as a corporation").
- And while Facebook also agreed to pay \$9.5 million, the parties allocated that fund in an unusual way. Plaintiffs' counsel were awarded nearly a quarter of the fund in fees and costs, while the named plaintiffs received modest incentive payments. The unnamed class members, by contrast, received no damages from the remaining \$6.5 million. Instead, the parties earmarked that sum for a "*cy pres*" remedy--an "as near as" form of relief--because distributing the \$6.5 million among the large number of class members would result in too small an award per person to bother. The *cy pres* remedy agreed to by the parties entailed the establishment of a new charitable foundation that would help fund organizations dedicated to educating the public about online privacy. A Facebook representative would be one of the three members of the new foundation's board.
- To top it off, the parties agreed to expand the settlement class barred from future litigation to include not just those individuals injured by Beacon during the brief period in which it was an opt-out program--the class proposed in the original complaint--but also those injured after Facebook had changed the program's default setting to opt in. Facebook thus insulated itself from all class claims arising from the Beacon episode by paying plaintiffs' counsel and the named plaintiffs some \$3 million and spending \$6.5 million to set up a foundation in which it would play a major role. The District Court approved the settlement as "fair, reasonable, and adequate." Fed. Rule Civ. Proc. 23(e)(2); see *Lane v. Facebook, Inc.*, Civ. No. C 08-3845, 2010 WL 9013059 (ND Cal., Mar. 17, 2010).”

Frank v. Gaos: Whether a settlement is “fair, reasonable, and adequate” in a consumer privacy case where there is no meaningful change in business practices and no monetary relief is given to class members.

- EPIC Urges Supreme Court to Protect Internet Users in Controversial Class Action Settlement: EPIC has filed an [amicus brief](#) in [Frank v. Gaos](#), concerning a class action settlement that provided no benefit to Internet users and no change in the business practices of defendant Google. EPIC said the settlement was not "fair, reasonable, and adequate." The case involves Google's disclosure of Internet user search histories to third parties without user consent, a business practice that could violate federal and state privacy law. EPIC stated, "The proposed settlement is bad for consumers and does nothing to change Google's business practices." A federal appeals court narrowly approved that settlement, 2-1, with the dissenting judge warning that courts must be on the lookout "not only for explicit collusion, but also for more subtle signs that class counsel have allowed pursuit of their own self-interests." EPIC said that, "cy pres requires vigilant judicial oversight to guard against the risks of collusion and ensure that judges are not rubber-stamping settlements that pay attorneys while failing to benefit class members." EPIC and several consumer privacy organization objected to the original settlement on [three separate occasions](#). EPIC [routinely opposes](#) class action settlements that fail to provided a benefit to Internet users. (Jul. 16, 2018)

BRIEF OF AMICUS CURIAE ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER (EPIC) IN SUPPORT OF PETITIONER MARC ROTENBERG

- TABLE OF CONTENTS TABLE OF AUTHORITIES
 - o INTEREST OF THE AMICI CURIAE
 - o SUMMARY OF THE ARGUMENT
 - o ARGUMENT
 - o I. The lower court’s failure to recognize three key deficiencies in the Settlement warrants remand.
 - o A. The Settlement resulted in no meaningful change to business practices
 - o B. The Settlement does not provide direct relief to class members.
 - o C. The parties did not appropriately select the cy pres recipients.
 - o II. In cy pres matters, courts should ensure fairness, prevent collusion, and promote the interests of class members
 - o A. Cy pres is appropriate only when the settlement is otherwise fair to class members and it would advance the underlying purpose of the litigation
 - o B. Proposed cy pres recipients must show a sufficient nexus between the purpose of the litigation and proposed activities that benefit class members
 - o C. To prevent collusion, courts must conduct close oversight of proposed cy pres distributions.
 - o CONCLUSION
- “ARGUMENT Class action litigation is central to the protection of privacy in the United States. Data breaches impact millions of individuals, yet there is little incentive for any single person to pursue a legal action. And the risks to Americans in the misuse of their personal data by commercial firms is significant. As Justice Alito stated recently, “today, some of the greatest threats to individual privacy may come from powerful private companies that collect and sometimes misuse vast quantities of data about the lives of ordinary Americans.” *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206, 2261 (2018) (Alito, J., dissenting). But to be effective, class action settlements

should “stop business practices that harm consumers, compensate individuals for injuries suffered and deter future misconduct.” *Enforcing Privacy Rights*, supra, at 307. Without these requirements, settlements provide little actual benefit to class members. In *Marek v. Lane*, Chief Justice Roberts expressed “fundamental concerns” about the fairness of class action settlements that award cy pres funds but provide no monetary relief to class members and fail to enjoin the underlying conduct. *Marek v. Lane*, 571 U.S. 1003 (2013) (Roberts, C.J., statement respecting denial of cert.). He asked: [1] When, if ever, such relief should be considered; [2] how to assess its fairness as a general matter; [3] whether new entities may be established as part of such relief; [4] if not, how existing entities should be selected; [5] what the respective roles of the judge and parties are in shaping a cy pres remedy; [6] how closely the goals of any enlisted organization must correspond to the interests of the class; and so on. *Id.* (bracketed numbers inserted). The Settlement here presents many of the same concerns identified by Chief Justice Roberts in *Lane*. Similar to the settlement in *Lane*, the Gaos Settlement fails to provide funding for consumer privacy organizations that actually promote the interests of the class members. The Gaos Settlement also insulates Google from related claims. All class and subclass members who do not affirmatively request to be excluded will be barred from suing over the released claims. In response to the questions posed by Chief Justice Roberts in *Lane*, amici EPIC states directly: 1. Cy pres-only settlements provide an actual benefit to class members, ensuring fairness, when the funds are distributed consistent with the purposes of the underlying litigation and advance the interests of class members. So, for example, a university or a social service agency may both be worthy of charitable support, but a cy pres award to either requires a showing that the mission of the organization is in fact aligned with the interests of the class members. The American Law Institute provides clear guidance on this point;⁴ 2. Fairness requires that a class action settlement results in a substantial change in business practice. As a matter of logic, a case that alleges unlawful conduct should not settle if the disputed conduct is permitted to continue; 3. New entities should be disfavored in the allocation of cy pres funds unless (a) the ALI requirement is satisfied and (b) courts are prepared to exercise ongoing oversight of such new entities to ensure that they advance the interests of class members; 4. When direct monetary relief is infeasible, distribution of cy pres should only be permitted when the settlement is otherwise fair to class members and would advance the underlying purpose of the litigation; 5. The court should make an independent determination, based on objective criteria, the purpose of the litigation, and the interests of the class members as to whether the cy pres distribution proposed by the parties is fair; and 6. The cy pres doctrine requires that the proposed organizations are “as near as possible” to the interests of the class members. This is reflected also in the ALI standard. The burden should be on the parties to demonstrate why it would not be possible to distribute cy pres funds most aligned with the interests of the class. I. The lower court’s failure to recognize three key deficiencies in the Settlement warrants remand. The Settlement has three obvious deficiencies. First, the Settlement would permit Google to continue to disclose the Internet search histories of identifiable Internet users to third-parties, in violation of federal and state privacy law. Second, the Settlement provides no direct relief to class members. And third, the Settlement directs monetary proceeds, with one exception, to inappropriate cy pres recipients. EPIC and consumer privacy organizations repeatedly objected to the Settlement in the district court because the proposed Settlement failed to produce any changes in Google’s business practices. In 2013, EPIC and the consumer privacy organizations wrote to the court that it is “absurd to argue that a

benefit is provided to the Class where the company makes no material change in its business practices and is allowed to continue the practice that provides the basis for the putative class action.” Letter from Consumer Privacy Organizations to Hon. J. Davila, (Aug. 22, 2013) (docketed in, In re Google Referrer Header Privacy Litig., No. 10-4809).⁵ The groups urged”

Art. 80(1) - “Representation of Data Subjects” (annotations added) “The data subject shall have the right to mandate a [1] not-for-profit body, organisation or association which [2] has been properly constituted in accordance with the law of a Member State, has [3] statutory objectives which are in the public interest, and [4] is active in the field of the protection of data subjects' rights and freedoms [5] with regard to the protection of their personal data to lodge the complaint on his or her behalf, to exercise the rights referred to in Articles 77, 78 and 79 on his or her behalf, and to exercise the right to receive compensation referred to in Article 82 on his or her behalf where provided for by Member State law.”

Related Significant Provisions (annotations added)

- Art. 80(2) - (Member State implementing legislation) - role for NGOs and advocates?
- Art. 77(1) (“Right to lodge a complaint with a supervisory authority”) - Without prejudice to any other administrative or judicial remedy, every data subject shall have the right to lodge a complaint with a supervisory authority, in particular in the Member State of his or her habitual residence, place of work or place of the alleged infringement if the data subject considers that the processing of personal data relating to him or her infringes this Regulation.
- Art. 82(1) (“Right to compensation and liability”) - Any person [1] who has suffered [2] material or non-material damage [3] as a result of an infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered.

Preliminary Advice

- Article 80 is very favorable for effective collective action representation. Article 77 is very favorable to initiate complaints. But article 82 leaves unclear who will receive compensation and the amount of compensation.
- Lessons from US experience (1) Focus on outcome. Do not settle collective action cases unless there is a substantial change in business practices (“notice is never enough”) (2) If there are funds to distribute, ensure a fair and transparent procedure

References

- Rotenberg & Jacobs, "Enforcing Privacy Rights: Class Action Litigation and the Challenge of cy pres", Springer (2016)
- EPIC, Frank v. Gaos: Whether a settlement is “fair, reasonable, and adequate” in a consumer privacy case where there is no meaningful change in business practices and no monetary relief is given to class members. [[https:// epic.org/amicus/class-action/gaos/](https://epic.org/amicus/class-action/gaos/)]
- BEUC, Collective Redress (2018)
- EDPS Opinion 8/2018, A New Deal for Consumers (2018)

Discussion

The question is to what extent actual harm should be a requirement for standing. If one alleges, for example, that a company did not protect personal data adequately, the companies

will ask to show actual consequential harm that resulted from their failure – this is called a dead body. If there is no dead body, there is no violation, they say. But the same type of reasoning is not accepted for trafficking and speed limits. When someone is driving 120 km/h where the limit is 100, you cannot avoid sanction by saying that you did not actually kill anybody. That would be the consequential harm resulting from the violation of traffic law.

The potential for amicus briefs is actually quite effective in the US. It allows parties to submit their expertise to the court. The most effective briefs are the objective, factual ones; courts will cite and use that information when they feel it is neutral. That is why organisations such as EPIC try to let scholars and other experts sign on to the amicus briefs, in order to show that the claims made in the letter are supported by a vast part of the scientific community.

Presentation V - Collective action in practice (Schrems)

There are still a lot of legal uncertainty under GDPR also in terms of claiming your right as a citizens. Where should you go to? There are various options.

Option 1: national DPAs

National DPAs are often a first point of reference. But DPAs can also decide not to follow up on complaints. A second issues is the jurisdiction. For starting public interest litigation, you typically search for a data subject in a jurisdiction that is favourable towards your type of complaint, either in terms of material or procedural law. But when there are more jurisdictions involved, for example because the data subject is based in one country, but the headquarters of the company in another, there may be different national laws applicable. This may complicate the procedure.

Option 2: Civil lawsuits

There are a couple of issues that are usually brought up. There are injunctions, damages, emotional damages, unfair enrichment and contractual claims. Emotional damages are interesting in GDPR because it is uncertain to what extend those are covered in the national jurisdictions. Another interesting point can be the unfair enrichment, where a citizens can claim that a company illegally made profit from their data and want a share of that money.

Option 3: collective actions

With class action you get large numbers, large claims and similar factual and legal issues. Reference can be made to Article 80 GDPR. Such option seems a plausible way to move forward in public interest cases, but most privacy lawyers have little experience on this point; insurance lawyers could provide more expertise on this point.

Option 4: abstract lawsuits under directive 93/13

That is basically what the German Consumer Operation did a lot.

Discussion

One of the major concerns seems to be the financial aspect of class actions. One question is, as was discussed by Tzankova and followed underlined by a number of participants, who

covers the costs for the law suit. Another question is, as was discussed by Rotenberg and underlined by a number of participants, how potential damages and financial settlements are distributed. As Schrems underlined, the costs for a law suit could easily go into the millions, especially when the case is lost and the party starting the collective action has to cover the procedural costs of the other party as well. Bigger collective actions seem difficult to conceive without financial support by bigger parties, that are willing to donate money or provide manhours pro bono.

6.2.2 Verslag workshop: Rechtsbescherming en Big Data

Ministerie J&V 20 februari 2019 - 10.00-17.30

1) Presentatie projectgroep over het doel & achtergrond van de workshop

In 2016 bracht de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid het rapport '[Big Data in een vrije en veilige samenleving](#)' uit. In samenhang daarmee werden een aantal nevenpublicaties uitgebracht; B. van der Sloot & D. Broeders & E. Schrijvers (eds.), 'Exploring the boundaries of Big Data', Amsterdam University Press, Amsterdam 2016; WRR-Policy Brief 6: Big Data and Security Policies: Serving Security, Protecting Freedom; S. van Schendel, 'Het gebruik van Big Data door de MIVD en AIVD', Working Paper nr. 18; L. Ottes, 'Big Data in de zorg', Working Paper nr. 19; B. van der Sloot & S. van Schendel, 'International and comparative legal study on Big Data', Working Paper nr. 20; P. Olsthoorn, 'Big Data voor fraudebestrijding', Working Paper nr. 21.

In het rapport werd al geconcludeerd dat het begrip Big Data niet vast omlijnd is maar fluïde. Het *Gartner Report*: 'increasing volume (amount of data), velocity (speed of data processing), and variety (range of data types and sources)' geldt als basis voor Big Data definities. Dit wordt ook wel het 3V model genoemd. Anderen hebben een extra V toegevoegd - *Value* (Dijcks, 2012; Dumbill, 2013), *Variability* (Hopkins & Evelson, 2011; Tech America Foundation, 2012), *Veracity* (IBM, 2015) en *Virtual* (Zikopoulos et al 11; Akerkar et al 2015). Big Data kan beter worden gezien als koepelterm voor meerdere ontwikkelingen: Open data; Hergebruik van data voor andere doeleinden; Internet der dingen; Slimme toepassingen; Profilering; Algoritmen; Cloud Computing; Machine Learning; securitisatie/commodificatie/dataficatie.

Het Big Data proces kan in feite worden opgedeeld in drie fasen: het verzamelen, analyseren en gebruik van data. Tijdens het verzamelen van data kunnen grote hoeveelheden data worden verzameld en opgeslagen, het motto is 'hoe meer hoe beter'. Daarnaast kunnen bestaande data leiden tot nieuwe data. Verschillende bronnen kunnen worden gecombineerd en ongestructureerde data worden ook op grote schaal verzameld. In de verzamelfase staat kwantiteit voorop. Tijdens de analyse-fase worden de data geaggregeerd waardoor statistische patronen kunnen worden gevonden en profielen vervaardigd door algoritmen. De nadruk ligt op correlaties, niet zozeer op causale verbanden. Daarnaast vindt ook ontschotting tussen de verschillende domeinen en doelen plaats. Data worden gebruikt door het beleid te richten op slimme omgevingen. Data van zowel het heden als het verleden worden gebruikt aan de hand waarvan ook de toekomst wordt voorspeld. Data worden in verschillende contexten gebruikt, zowel op het niveau van de maatschappij, als op groepsniveau en individueel niveau. Er wordt vaak veel geëxperimenteerd met data met optimisme en het idee dat data de oplossing bieden voor veel problemen.

De juridische benadering staat haaks op deze ontwikkeling. Het richt zich met name op het verzamelen en deels op het gebruik van data, maar niet op het analyseren daarvan. Bovendien gaan Big Data processen niet om individuen, maar om grotere groepen, terwijl het recht nog met name inzet op subjectieve rechten om de individuele belangen van natuurlijke personen te beschermen.

De benadering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens illustreert dat.

- Met betrekking tot een claim die niet ziet op een individuele situatie: 'Insofar as the applicant complains in general of the legislative situation, the Commission recalls that

it must confine itself to an examination of the concrete case before it and may not review the aforesaid law *in abstracto*. The Commission therefore may only examine the applicant's complaints insofar as the system of which he complains has been applied against him.'

- Met betrekking tot een claim die a priori wordt ingediend: 'It can be observed from the terms 'victim' and 'violation' and from the philosophy underlying the obligation to exhaust domestic remedies provided for in Article 26 that in the system for the protection of human rights conceived by the authors of the Convention, the exercise of the right of individual petition cannot be used to prevent a potential violation of the Convention: in theory, the organs designated by Article 19 to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties in the Convention cannot examine - or, if applicable, find - a violation other than *a posteriori*, once that violation has occurred. Similarly, the award of just satisfaction, i.e. compensation, under Article 50 of the Convention is limited to cases in which the internal law allows only partial reparation to be made, not for the violation itself, but for the consequences of the decision or measure in question which has been held to breach the obligations laid down in the Convention.'
- Hypothetische claims worden in principe afgewezen.
- Met betrekking tot een mogelijke *actio popularis* oordeelt het Hof: 'The Court reiterates in that connection that the Convention does not allow an *actio popularis* but requires as a condition for exercise of the right of individual petition that an applicant must be able to claim on arguable grounds that he himself has been a direct or indirect victim of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State.'

De natuurlijke personen worden als primaire rechthebbendengezien. De AVG richt zich met name op het verzamelen en de opslag van persoonsgegevens – gegevens die gaan over een individueel, natuurlijk persoon:

- Doel
- Doelbinding
- Dataminimalisatie
- Opslagbeperking
- Veiligheid en vertrouwelijkheid

Er is ook een aantal wetten dat ziet op het gebruik/het effect van datagebruik (discriminatie/consumentenrecht/etc.) Maar het analyseren van data – de tweede fase in Big Data processen – is over het algemeen ongereguleerd.

In het bovenstaande rapport signaleerde de WRR een aantal problemen:

Een probleem is dat het huidige regime zich voornamelijk richt op individuele rechten en belangen, terwijl Big Data het individu vaak overstijgt:

- Recht invoeren is lastig gezien de hoeveelheid datastromen
- Individueel belang aantonen is moeilijk omdat er vaak over zeer veel mensen data worden verzameld
- Kernprobleem is niet-individueel – vaak draait het om maatschappelijke vraagstukken

Een ander probleem is dat de kern van Big Data processen, de analysefase, ongereguleerd is.

In navolging op het WRR rapport volgt dit WODC project. Het project ziet op de volgende knelpunten:

- Boven-individuele belangen
- Concrete schade onduidelijk
- Individuen niet op de hoogte van het verwerken van hun persoonsgegevens

De benadering van het onderzoek bestaat uit de volgende vier stappen:

1. Welke mogelijkheden zijn er in het Nederlandse recht?
2. Wat zijn de knelpunten die worden beschreven in de literatuur en blijken uit interviews met experts?
3. Wat zijn de mogelijkheden in andere jurisdicties?
4. Hoe zou het Nederlands rechtstelsel kunnen worden aangepast om meer bescherming te bieden ten aanzien van Big Data processen?

Het onderzoek brengt eerst in kader wat de mogelijkheden zijn onder Nederlands recht om op te komen voor collectieve of algemene belangen. Zowel het bestuursrecht, civiel recht en strafrecht worden daarin meegenomen. Een aantal voorlopige conclusies uit die schets: Er zijn problemen in de rechtsmachtverdeling tussen de civiele- en bestuursrechter waardoor er gaten dreigen te vallen in de rechtsbescherming in het kader van Big Data-problematiek; nieuwe wetgeving op het gebied van collectieve acties in de civiele sector introduceert striktere eisen op het gebied van ontvankelijkheid; mogelijkheden tot collectief verhaal zijn beperkt onder het bestuursrecht; binnen het strafproces kan Big Data een rol spelen in het verzamelen van bewijs of het vaststellen van de strafmaat, maar het Big Data gebruik of de uitkomsten daarvan kan alleen betwist worden in de verdediging van een individuele zaak.

In het rechtsvergelijkend onderzoek zijn 6 jurisdicties vergeleken en per jurisdictie is een beknopt aantal rechtsfiguren gekozen om te beschrijven. Deze rechtsvergelijking dient ter inspiratie voor het Nederlandse systeem. Dit wil zeggen dat de rechtsfiguren niet één op één over kunnen worden genomen in het Nederlandse systeem. Ter illustratie een voorbeeld per jurisdictie om een idee te geven waar we naar hebben gekeken:

Raad van Europa.

- *In abstracto* claims (e.g. *Zakharov*).

EU

- Vertegenwoordiging onder art. 80 AVG

België

- *Anti-discriminatierecht*

Duitsland

- *Musterfeststellungsklage* met een sterke rol voor consumentenorganisaties.

Frankrijk

- *Group litigation* in diverse rechtsgebieden

VK

- *Special advocate*

Vragenrondje:

- Wat is precies het probleem met de bescherming onder het bestuursrecht?
 - De eis van een besluit volgens de eisen van de Awb is te limiterend en er zijn problemen met het opkomen voor algemene belangen.
- Wat zijn de knelpunten met het Wetsvoorstel afwikkeling massaschade?

- De rol tussen civiel- en bestuursrechter, maar ook strengere ontvankelijk eisen nu wordt het aan belangenorganisatie om aan te tonen dat je ontvankelijk bent, plus een amendement om toch geen schade te vergoeden.

2) Presentatie Marlies van Eck – rechtsbescherming: FLIP THE SYSTEM!

- De trias politica verdwijnt naar de achtergrond, de balans is zoek. Data analyse past moeilijk in bestuursrecht, onder meer omdat het bestuursrecht uitgaat van formeel vastgestelde handelingen. Data analyse zelf is lastig te beoordelen bij de bestuursrechter. Het zou een feitelijke handeling kunnen zijn als je weet dat het gebeurt en het kan een voorbereidende handeling zijn, maar hoe toon je dan aan dat die data analyse daar relevant was? Knelpunten die al eerder zijn besproken in publicaties.

“DE WOLF IS IN NEDERLAND BETER GEREGULEERD DAN DE DATA ANALIST”

- Werk door data-analisten is niet vastgelegd en aan vrijwel geen standaard onderhevig. Dat staat in schril contrast met de offline wereld, die soms overgereguleerd is. Begin maar eens bedrijf (zoals een friettent), of kijk naar de komst van de wolf in Nederland, waarvoor gelijk allerhande regelingen worden opgetuigd. Daarmee is de wolf in Nederland beter gereguleerd dan de data analist.
- Data analisten maken ook voorspellingen. Denk bijvoorbeeld aan het IRS en profiling voorbeeld waar de correlatie met teckels centraal staat. *If people with dachshunds are associated with overstating medical expenses, is it appropriate to audit the medical expenses of everyone with a dachshund?* (artikel over IRS en Profiling). Mogen we dit gegeven gebruiken als het wel waar is maar niet fair? *Prof. Wil van der Aalst, Responsible Data Science: How to avoid unfair conclusions even if they are true?*
- Overwegingen: Data analyse bij de overheid kent veel discretionaire ruimte zoals afwegingen wie te controleren; dat wordt ingevuld maar niemand weet hoe.
- Uit het NJB artikel: Wie controleert de data analyses en systeemontwikkelaars? Beslisregels is het recht geworden, zou onderdeel moeten zijn van besluiten en geschillen. Materieel gezien zijn het nu beleidsregels en niet beslisregels. Bij de transparantie van algoritmen is de AERIUS uitspraak van belang, maar er is nog geen duidelijke aanpassing bij uitvoerende instanties naar aanleiding van deze uitspraak. Het gevaar dreigt dat de overheid een machine wordt en geen maatwerk meer levert.
- De brandende vragen: Kan het bestuursorgaan goed omgaan met mensen van wie de gegevens in de databases niet (meer) kloppen?; Leren bestuursorganen van de bezwaren die worden ingediend bij glitches?; Herkennen bestuursorganen probleemgevallen?; Wordt er rekening gehouden met de impact? Simpele zaakjes of harde criminaliteit aanpakken? Causaliteit vervangen door correlatie?
- Concluderend: De overheid gaat momenteel niet goed om met data-analyse en het is voor burgers vaak onduidelijk waar ze heen moeten gaan. Wellicht zou de overheid tijdelijk moeten stoppen. Het is in strijd met AVG dat burgers niet naar een instantie kunnen maar van kastje naar de muur gestuurd worden. Er wordt gekozen voor de makkelijke zaken vs. de grote jongens aanpakken (bijv. met loonaangifte). Causaliteit wordt vervangen door correlatie terwijl wij juristen denken in causaliteit i.v.m. verantwoording. Datafication is een van de grootse problemen. De grootste vraag is:

waarom word ik gecontroleerd (als het al zichtbaar is)? Samenleving heeft nog geen idee van automatische besluiten die nu al plaats vinden.

3) Reguleringsopties I-II-III:⁴⁸⁷

Reguleringsoptie I: Reguleer het analyseren van data

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

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

Discussie:

- Wat is het verschil tussen optie 1 en 2?
 - Het zijn verschillende aanvliegroutes dus 1 is meer statistisch 2 is meer AVG achtig. 1 ziet op data analyse die fout gaat, 2 ziet op het oprekken van het persoonsgegevensbegrip en gebrek aan bescherming van niet-persoonsgegevens. Het is in die zin dus nog eerder in het proces van toepassing dan reguleringsoptie 2. Optie 3 ziet op de groeiende macht uitvoerende macht.
- Opties 1 en 2 bieden wel handvatten aan de rechter. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn voor rechters lastig toe te passen in deze ingewikkelde processen, dus opties 1 en 2 zijn goed voor de rechter als handvatten om aan te toetsen.
- Statistiek is in Big Data belangrijk gezien correlaties. Maar wat te doen met verschillende statistische methoden? Zou het ondenkbaar zijn dat de overheid dit soort spelregels vaststelt? Misschien is er al winst als duidelijk is welke methode wordt aangehouden. In plaats van materiële regels ten aanzien van statistische methodiek zou je met hele sterke definities van eerlijk kunnen komen: wat te doen als het model discrimineert omdat dit de werkelijkheid weerspiegelt? Dus wat is eerlijk: iedereen gelijke pakkans en geen rekening houden met de kans dat een bepaald risico optreedt?
- Niet direct ervan uitgaan dat data rechtmatig zijn verzameld, in sommige zaken is de vraag of dit rechtmatig is.
- Een algemeen constitutioneel hof zoals in Duitsland is niet zomaar in te voeren. De staatscommissie Remkes heeft wel de instelling van een constitutioneel hof aanbevolen.
- Met betrekking tot optie 2: sommige AVG rechten hoeft je niet te zien als individueel recht, bijvoorbeeld het recht op inzage, omdat dat ook controle is op wat er is gebeurd. Dus die rechten zou je toch kunnen toepassen. Rectificatie zou dan bijvoorbeeld ook een algemeen belang kunnen worden.
- Het gaat niet alleen om de kwaliteit van het proces maar ook om wat je doet met de kwaliteit van de data. Wie beslist dan of data correct/waar is? Bijvoorbeeld de Belastingdienst zegt dat de basisregistratie waar is, maar het is toch ook een fictie.
- Primaire focus ligt op overheidshandelen, niet private actoren. Sommige opties kunnen wel van toepassing zijn op private actoren; bovendien is er steeds meer vermenging tussen private en publieke actoren. Er is een uitstralingseffect naar bedrijfsleven.
- Optie 2: doelbinding en data minimalisatie ook relevant voor non-persoonsgegevens? Ook bij niet persoonlijke data kan dit van belang zijn; is het bijvoorbeeld relevant om voor het monitoren van de schoolprestaties per klas te registreren hoeveel personen er een petje dragen? En mag die data dan vervolgens worden meegenomen voor andere analyses, bijvoorbeeld naar asociaal gedrag door andere diensten binnen de overheid?

⁴⁸⁷ Deze reguleringsopties zijn op basis van deze en andere discussies uiteindelijk in andere vorm in het rapport opgenomen.

4) Presentatie Vincent Böhre – Privacy First

- Privacy First is vóór een proefprocessenfonds (de paspoortzaak was erg duur). Formeel kun je nu niet amicus zijn zoals in andere landen maar wel stukken indienen, die door procespartijen kunnen worden toegevoegd als bijlage.
- De civiele rechtszaken van Privacy First c.s. ex art. 3:305a BW:
 - Paspoortproces: centrale opslag vingerafdrukken onder Paspoortwet (2010-2015)
 - Zaak Burgers tegen Plasterk: internationale uitwisseling van inlichtingen tussen geheime diensten (2013-heden)
 - Bewaarplicht telecomgegevens (kort geding 2015)
 - Sleepwet / nieuwe Wet op inlichtingen-en veiligheidsdiensten (kort geding 2018 + bodemprocedure 2019)
 - Systeem Risico Indicatie (SyRI, bodemprocedure 2019)
 - ANPR (Automatic NumberPlate Recognition, 2019).
 - Individuele rechtszaken voorzitter Privacy First tegen kentekenparkeren en tegen trajectcontroles (bestuursrecht, belastingrecht, civiel recht, strafrecht).
 - Privacy First steunt tevens diverse rechtszaken van individuele burgers, o.a. bestuursrechtelijke handavingsverzoeken bij Autoriteit Persoonsgegevens. Tevens trad Privacy First op als *amicus curiae* in civiele 3:305a-zaak van VP Huisartsen vs. VZVZ over Landelijk Schakelpunt (EPD) bij Hoge Raad.
- Het Paspoort proces: Privacy First vs. De Staat: Nieuwe Paspoortwet 2009: verplichte afname van vier vingerafdrukken voor nieuw paspoort of identiteitskaart (reisdocument). Opslag van vingerafdrukken in RFID-chip in document en decentrale opslag van vingerafdrukken bij gemeenten ter bestrijding van identiteitsfraude (look-alikefraude), opsporing en vervolging, terrorismebestrijding, rampenbestrijding, inlichtingenwerk etc. Tevens geplande opslag in nationale, centrale database. September 2009: Paspoortwet treedt (ondanks protesten en kritiek VN Mensenrechtencomité) in werking. Oktober 2009: Privacy First kondigt rechtszaak tegen Paspoortwet aan. Op advies van diverse experts wordt art. 3:305a BW gekozen als juridische route. Bij de zaak sluiten zich 22 individuele burgers als mede-eisers aan. SOLV Advocaten behandelt de zaak bij rechtbank en Hof, Alt Kam Boer Advocaten bij Hoge Raad.
- Er waren vier groepen mede-eisers:
 - (a)zij die ervoor kozen om gezien hun bezwaren tegen de nieuwe Paspoortwet geen reisdocument aan te vragen
 - (b)zij die wel een reisdocument hebben aangevraagd, maar hebben geweigerd vingerafdrukken af te staan en wier aanvraag daarom niet in behandeling is genomen
 - (c)zij die een reisdocument hebben aangevraagd en gekregen zonder vingerafdrukken af te staan, omdat de aanvraag is gedaan vóór inwerkingtreding van de nieuwe Paspoortwet, en
 - (d)zij die onder protest vingerafdrukken hebben afgestaan voor een nieuw reisdocument.
- De tijdlijn was als volgt:
 - Januari 2010: vruchteloos overleg met ministerie (BZK) ex art. 3:305a BW
 - Mei 2010: dagvaarding tegen Nederlandse Staat (BZK) ex art. 3:305a BW
 - Juli 2010: Hoge Raad arrest Vreemdelingenorganisaties (beperking art. 3:305a BW)
 - Februari 2011: vonnis rechtbank Den Haag. Privacy First en alle mede-eisers niet-ontvankelijk. Privacy First gaat in hoger beroep.
 - Zomer 2011: decentrale opslag vingerafdrukken grotendeels stopgezet en centrale opslag afgeschaft.
 - Januari 2014: verplichte afgifte vingerafdrukken voor ID-kaart afgeschaft.

“Van burgers mag niet worden verwacht dat zij eerst een privacy schending ondergaan alvorens die schending te kunnen laten toetsen”

- Effectieve en efficiënte rechtsbescherming
- Burgers onvoldoende feitelijk, juridisch en financieel geëquipeerd
- Preventieve werking van collectief actierecht
- Goede rechtspleging & proceseconomie
- Juridische overzichtelijkheid, rechtszekerheid, deregulering, harmonisering, rechtsgelijkheid, rechtseenheid, codificatie en rechtsontwikkeling.
 - Bestaansredenen:
 - “Belangenorganisaties verrichten soms taken op gebieden waarop ook de overheid zich begeeft. Het verrichten van deze taken kan dan gezien worden als een gezamenlijke verantwoordelijkheid.” Bron: Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 2. Vroeger waren er per domein mogelijkheden tot collectieve acties, maar deze zijn samengevoegd ter rechtseenheid. Het 3:305a idee was dat NGOs handhaven samen met de overheid.
 - Verplicht overleg ex 3:305a is eigenlijk niet bedoeld voor het verkrijgen van informatie, maar kan in de praktijk wel als zodanig werken.
- Misslagen in vonnis rechtbank Den Haag 2011:
 - Rechters: “burgers kunnen onderhavige rechtsvragen tevens aan bestuursrechter voorleggen bij (afwijzing van) aanvraag van een paspoort/ID-kaart.” Echter: betreffende bepalingen Paspoortwet waren (deels) nog niet in werking getreden. Bestuursrechter kan alleen (exceptief) wetgeving toetsen die reeds in werking getreden is. (Gewraakt art. 4b Paspoortwet is anno 2019 overigens nog steeds niet geschrapt.) Van burgers mag niet worden verwacht dat zij eerst een privacy schending ondergaan alvorens die schending te kunnen laten toetsen. (Vergelijk HR-arrest Leenders/Ubbergen, 1996.) Bij bestuursrechtelijk procederen na weigering paspoortaanvraag worden burgers bovendien gedwongen om jarenlang zonder paspoort te leven.
 - Rechters: “geen eigen belang Privacy First. Daarnaast zuiver ideëel algemeen (privacy)belang, dit is echter onvoldoende belang ex art. 3:303 BW.” Voor 3:305a BW zaken is echter geen eigen belang nodig, want dient ter bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen (zie wetsgeschiedenis). Ter bescherming van ideële algemene belangen (bijvoorbeeld privacy) en collectieve belangen was nu juist art. 3:305a BW gecreëerd. Art. 3:303 BW ziet op eigen, voldoende belang bij een vordering. Overigens vormt statutair belang voldoende eigen belang ex art. 3:303 BW.
- Arrest Hof Den Haag 2014:
 - Rechters erkennen Paspoortproces zowel als groepsactie ex art. 3:305a BW als (met name) algemeen-belangactie ex art. 3:305a BW, conform wetsgeschiedenis:

Februari 2014: arrest Hof Den Haag. Privacy First ontvankelijk en deels in het gelijk gesteld. Hof laat ontvankelijkheid mede-eisers in het midden. Staat gaat in cassatie. Mei 2015: arrest Hoge Raad. Privacy First en alle mede-eisers niet-ontvankelijk.

- Artikel 3:305a BW. Wat is de wetsgeschiedenis?:
 - Bestaansredenen:
 - Bescherming van algemene en collectieve belangen
 - Dreigende aantasting van belangen / dreigende schending van rechten

“Naar het oordeel van het hof is onmiskenbaar dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang op bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit, die immers op enig moment een reisdocument zullen moeten aanvragen. Deze groep personen is dermate diffuus en onbepaald dat niet kan worden gezegd dat Privacy First slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. De rechtbank heeft dit miskend.” Hof erkent tevens eigen (financieel) belang van Privacy First bij 305a-zaak i.v.m. tijd en kosten die gemoeid is met individuele hulpverzoeken, vragen, advies etc.

- Arrest Hoge Raad 2015:
 - Hoge Raad trekt de beperking uit het Vreemdelingenorganisaties-arrest (2010) m.b.t. groepsacties door naar algemeen-belangacties en verklaart Privacy First en alle mede-eisers niet-ontvankelijk. Hoge Raad hanteert hierbij echter een kunstgreep, als het ware het Paspoortproces in wezen gericht tegen de verplichte afname van vingerafdrukken voor een reisdocument (quodnon). Op deze wijze wentelt de Hoge Raad het gehele Paspoortproces af op de Raad van State, waar vergelijkbare rechtsvragen in diverse individuele zaken speelden. Verzoek om voeging van Privacy First in één van deze zaken wijst de Raad van State vervolgens af, waarna Privacy First het complete civiele procesdossier als bijlage in deze zaak laat toevoegen.
 - Raad van State oordeelt vervolgens dat decentrale opslag van vingerafdrukken bij gemeenten onrechtmatig was. Geen oordeel over toekomstige centrale opslag. Civiele Paspoortproces en bestuursrechtelijke paspoortzaken bleken door Hoge Raad en Raad van State onderling afgestemd middels heimelijk rechtseenheidsoverleg. Resultaat: geen civiele groepsactie of algemeen belangactie mogelijk indien betreffende rechtsvraag door een burger bij bestuursrechter aan de orde kan worden gesteld, tenzij dit onredelijk bezwarend is. Lacune in rechtsmiddelen voor belangenorganisaties, in strijd met wetsgeschiedenis en doel van art. 3:305a BW.
 - Veel kritiek op Paspoortarrest Hoge Raad in civilsociety en rechtsliteratuur. Hoge Raad heeft Paspoortarrest enigszins genuanceerd in SCAU-arrest juni 2016: civiele rechter is ontvankelijk voor NGO's en individuele eisers indien burgers rechtstreeks worden geraakt door betreffende algemeen verbindende voorschriften of beleid. Bestuursrechter is ontvankelijk indien hier eerst een individueel besluit aan vooraf dient te gaan.
 - Mogelijke oplossing: verduidelijking of aanvulling van wettekst art. 3:305a BW, conform oorspronkelijke bedoeling wetgever. Alternatieve oplossing: schrapping van art. 8:3 Awb (verbod van direct beroep tegen algemeen verbindend voorschrift of beleid).

5) Reguleringsopties X-XII-IV

Reguleringsoptie X: Geef verdere invulling aan de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter

Reguleringsoptie XII: Beperk het verbod op toetsing van algemeen verbindende voorschriften in het bestuursrecht

Reguleringsoptie IV: Breid de mogelijkheden rond prejudiciële vragen uit

- 3:305a BW is eigenlijk een anomalie in het recht; bestuursrechter is getraind om wet en beleid te toetsen.
- Optie 10 niet nodig om de wet als zodanig aan passen. Hoe zou die verduidelijking er dan uit moeten zien? Moet de regering daar duiding aan geven? Of zouden gerechten die overleggen over eenheid dit in het openbaar moeten maken of in een zaak expliciet moeten zeggen? In het paspoort arrest wel expliciet gezegd dat het om rechtseenheid gaat. Zou het helpen als gelijk niet ontvankelijk verklaard werd, met een eventuele verwijsplicht voor de lagere rechter (van bestuursrechter naar civiele rechter en omgekeerd)? Of had de civiele rechter de zaak moeten aanhouden totdat door de bestuursrechter over vergelijkbare rechtsvragen was beslist?
- Er is artikel 1:2 lid 3 Awb, maar dan moet NGO belang hebben bij die toepassing van de wet, lukt vaak niet buiten milieurecht. Bestuursrecht zit toch vast aan besluit begrip, terwijl je soms geen eigen belang hebt bij het besluit. Aard van bestuursrecht en civielrecht verschillend, het burgerlijk recht is meer georganiseerd vanuit effectieve bescherming en het bestuursrecht is meer gericht op de trias politica.
- Optie 4: bij wie moet dan de optie tot prejudiciële vragen komen te liggen? Er zijn 4 hoogste bestuursrechters.

6) Doutje Lettinga Amnesty International – Special Advocate:

Introductie

Mijn presentatie over Amnesty's positie op de introductie van Special Advocates is gebaseerd op Amnesty's onderzoek naar zgn. 'closed material procedures' (CMPs) in het Verenigd Koninkrijk.

Dergelijke procedures worden geregeld gebruikt in zaken waarin nationale veiligheid een rol speelt. Bijvoorbeeld in de context van terrorismebestrijding, of bij de uitzetting van ongewenste vreemdelingen die als staatsgevaarlijk worden gezien of geassocieerd worden met terrorisme. In het Verenigd Koninkrijk zijn deze procedures sinds 2013 nog breder in het burgerlijk recht ingevoerd, ook in zaken tegen de staat zelf waar de staat van mensenrechtenschendingen zou kunnen worden beschuldigd.

Amnesty vindt dergelijke gesloten procedures inherent oneerlijk. Ze botsen ze met het openbaarheidsbeginsel en andere beginselen van een eerlijk proces. Aan die bezwaren probeerde het Britse systeem tegemoet te komen, en wel door de introductie van zogenaamde Special Advocates. Maar volgens Amnesty voldoet het Britse systeem niet aan internationale standaarden van mensenrechten. Het zou dan ook niet als inspiratie moeten dienen voor Nederland.

Ik zal hier kort uiteenzetten wat het Britse systeem inhoudt, welke mensenrechtelijke standaarden in het geding zijn en waarom wij als Amnesty zeer kritisch zijn over dit systeem. En tot slot zeg ik iets over de lessen die Nederland kan trekken en waar wij wel een beperkte rol zien voor een dergelijke advocate.

Het Britse systeem van Special advocates

De 'closed material procedure' bestaat sinds 1997 in het Britse systeem en is sindsdien steeds meer toegepast. Het systeem stelt de regering in staat zich in een breed scala van niet-

strafrechtelijke gerechtelijke procedures op geheime informatie te baseren en het proces achter gesloten deuren te voeren.

Dergelijke procedures worden vaak ingezet in zaken van individuen die verdacht worden van terroristische misdrijven, of van degenen die men heeft aanmerkt als een mogelijk gevaar voor de nationale veiligheid. In zulke bestuursrechtelijke zaken kunnen de individuen dan te maken krijgen met een contactverbod, gebiedsverbod of reisverbod, of zelfs met huisarrest en een drie-maal-dagelijkse meldplicht (“control order”). In Nederland kunnen ook dergelijke vrijheidsbeperkende maatregelen worden opgelegd aan mensen die in verband worden gebracht met terrorisme onder de nieuwe Tijdelijke Wet Bestuurlijke Maatregelen. Zonder dat zij als verdachte worden aangemerkt en zonder tussenkomst van de rechter.

Als de persoon in kwestie de restricties wil aanvechten en er gebruik gemaakt wordt van een Closed Material Procedure, dan zullen de rechters in de zaak in een gesloten zitting het materiaal beoordelen. De rechters krijgen van de Britse autoriteiten documentatie over waarom de persoon in kwestie als staatsgevaarlijk wordt beoordeeld. Het gaat dan om informatie waarvan de autoriteiten stellen dat openbaring ervan de nationale veiligheid in gevaar zou brengen of anderszins schadelijk zou zijn voor het publieke belang.

Gedurende de hele rechtszaak is dit materiaal niet in te zien door de rechtszoekende, niet door de advocaat naar keuze, niet door pers of publiek. Wellicht wordt het materiaal zelfs nooit openbaar. Bovendien heeft geen van hen toegang tot de gesloten hoorzitting. De consequentie is dat de persoon wiens rechten worden beperkt niet weet wat de inhoud van het materiaal is, ook al kan de rechter dat gebruiken om vast te stellen wat hem of haar wordt verweten en om tot een oordeel te komen. De rechtshulpverlener van die persoon heeft evenmin toegang tot deze informatie, terwijl de advocaten van de staat dat wel hebben.

Dat is evident oneerlijk en niet in balans. De Britse overheid heeft het systeem van Special Advocates ingevoerd om dat te verzachten. Dat werkt als volgt.

- Special Advocates zijn advocaten die een veiligheidsscreening hebben ondergaan. Zij mogen het geheime bewijs wél inzien en zijn aangewezen door de Attorney General. Die laatste staat in de wet omschreven als een ‘non-cabinet minister’. Zodra de Special Advocate het geheime bewijs heeft gezien, mag die er niet over communiceren, noch met de rechtszoekende noch met zijn advocaat.
- In sommige rechtszaken is wel een samenvatting van het materiaal verstrekt. Maar dat is niet meer dan een kort en zakelijk weergegeven conclusie van het onderliggende materiaal. Vergelijk het met de ambtsberichten van de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten.
- Na de zitting mag de rechtbank ook een gesloten uitspraak doen, naast een open uitspraak. Zo’n gesloten uitspraak, die uitgebreider gemotiveerd is, wordt nooit openbaar.

De mensenrechten in het geding

Welke rechten zijn hier nu in het geding? Allereerst het recht op een effectief rechtsmiddel. Iedereen die meent dat zijn rechten geschonden zijn, heeft het recht op een betekenisvolle rechtsgang, een eerlijke procedure en beoordeling, en een doeltreffende voorziening zoals compensatie als er een inbreuk is vastgesteld. En ook het recht op een eerlijk proces, waaronder het beginsel van toegang tot de rechter, het principe van hoor en wederhoor, en het openbaarheidsbeginsel. Dat laatste lijkt nogal wiedes: betrokkenen moeten inzage kunnen hebben in alle stukken en de samenleving moet de rechtsgang kunnen controleren.

Die twee rechten, op effectief rechtsmiddel en op eerlijk proces, zijn vastgelegd in mensenrechtenverdragen waaronder het Internationaal Verdrag voor Burgerrechten en Politieke Rechten en het Europees Mensenrechtenverdrag.

In een rechtsprocedure moeten de partijen worden gehoord. De betrokkene krijgt de kans zijn zienswijze naar voren te brengen en de argumenten van de tegenpartij te weerleggen. Hiervoor moet de overheid bewijs en stukken overleggen aan rechter en betrokkene, zodat deze zich goed kan voorbereiden op de procedure. Het Europees Verdrag zegt dat het gebruik van geheime informatie omwille van nationale veiligheid alleen toelaatbaar is onder voorwaarde van noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Het Britse systeem van Closed Material Procedures is verschillende keren aangevochten. In 2009 oordeelde het hoogste hof van het Verenigd Koninkrijk in de zaak *AF and others v. Secretary of State for the Home Department* dat mensen die onderworpen zijn aan bestuurlijke vrijheidsbeperkende maatregelen het recht hebben om de informatie te kennen die tegen hen gebruikt is zodat zij deze effectief kunnen aanvechten. De Lords baseerden zich op een oordeel van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens eerder dat jaar in de zaak *A and others v. United Kingdom*. Deze zaak werd aangespannen door een aantal vreemdelingen die beschuldigd werden van betrokkenheid bij terrorisme maar niet uitgezet konden worden vanwege het risico van foltering in hun thuisland. In afwachting van hun uitzetting werden zij in vreemdelingendetentie geplaatst. De betrokkenen claimden dat hun rechten onder Art 5(4) van het Europees Verdrag waren geschonden, dat het recht van elke gedetineerde garandeert om de rechtmatigheid van hun detentie aan te vechten.

De Lords erkenden dat, als dergelijke informatie geheim wordt gehouden voor de betrokkene, deze niet in staat is de aantijgingen te betwisten dat hij of zij betrokken is bij terrorisme. Art. 6 van het Europees Verdrag (eerlijk proces) vereist een core irreducible minimum [“kern en onherleidbaar minimum”] aan procedurele gerechtigheid zodat mensen over “voldoende informatie” behoren te beschikken over de beschuldigingen tegen hen zodat ze effectieve aanwijzingen kunnen geven aan de Special Advocate. Indien het openbare materiaal alleen maar bestaat uit generieke aantijgingen of waar de zaak uitsluitend of in doorslaggevende mate op gesloten materiaal is gebaseerd, worden de eerlijk processtandaarden niet behaald.

Volgens het Europese Hof zijn in het geval waarin niet al het bewijs kan worden overlegd bovendien compenserende maatregelen vereist om de belangen van de betrokkene en de eerlijkheid van het proces als geheel te beschermen.

Ook het Europese Hof van Justitie heeft zich gebogen over dit vraagstuk. In een uitspraak omtrent een preliminaire vraag aan het Hof in Straatsburg, *ZZ v Secretary of State for the Home Department*, stond wederom het Britse systeem van Closed Procedures centraal in een uitzettingszaak van een Algerijn-Franse burger die getrouwd was met een Britse staatsburger. De vraag was of *ZZ* de informatie kon worden onthouden die de essentie vormden van de grond waarop hij geen toegang meer kreeg tot het Verenigd Koninkrijk. De uitspraak geeft duidelijk richting aan de minimale kernvoorwaarden waaraan moet worden voldaan om het recht op een effectief remedie en eerlijk proces te waarborgen (neergelegd in Art. 47 van het Europees Handvest van de Grondrechten). Ook dit Hof bevestigde dat de betrokkene de beschuldigingen tegen hem/haar moet kennen; belastende informatie moet kunnen inzien en dat in de uitzonderlijke gevallen waarin dit niet kan er compenserende mechanismes moeten bestaan; en dat ook dan het recht op tegenspraak zo maximaal mogelijk moet worden gewaarborgd. Een

betroken persoon moet in elk geval de essentie van de gronden kennen waarop zijn toegang tot het land wordt geweigerd om deze aan te kunnen vechten.

Bezwaren tegen het Britse systeem

Waarom komt Amnesty tot de conclusie dat het Britse systeem niet in overeenstemming is met de mensenrechtelijke verplichtingen? In ons onderzoek hebben we niet alleen met vertegenwoordigers van de Britse overheid gesproken maar ook met betrokkenen, advocaten, Special Advocates en rechters.

Advocaten gaven aan dat zij serieuze moeilijkheden ondervinden om hun cliënten bij te staan wanneer dergelijke closed material procedures worden gebruikt. Ze zeiden onder meer dat ze cliënten niet effectief konden bijstaan zonder toegang tot veel van het bewijs waarop de overheid zich baseert. Het is moeilijk een verdedigingsstrategie te ontwikkelen, of het vertrouwen van cliënten te winnen, of cliënten goed te informeren over de slagingskans van een zaak die ze overwegen. Advocaten ondervinden grote achterstand om getuigen te kunnen verhoren ten opzichte van de landsadvocaten. Ze kunnen na afloop ook niet goed uitleggen waarom de zaak is verloren, omdat de rechterlijke uitspraak grotendeels achter schermen heeft plaatsgevonden. En wat kunnen ze effectief aanvechten in hoger beroep?

Ook de Special Advocates zelf zijn zeer kritisch op het Britse systeem. Voorstellen om het gesloten systeem uit te breiden naar het civiel recht, noemden ze, ik citeer: 'fundamentally unfair, they do not work ineffectively nor do they deliver real procedural fairness'. Naast het feit dat zij geen contact mogen hebben met de betrokkene zodra ze het bewijs hebben gezien of instructies mogen aannemen van de rechtshulpverlener, noemden ze nog meer obstakels. Zoals: praktisch gezien niet in staat zijn eigen getuigen op te roepen om het bewijs van de tegenpartij te kunnen betwisten; niet in staat zijn om het classificeren van materiaal als 'geheim' effectief aan te vechten; niet kunnen verifiëren of informatie betrouwbaar is, omdat de identiteit van de bron niet bekend is. Ze concludeerden, ik citeer nogmaals: 'the use of Special Advocates may attenuate the procedural unfairness entailed by Closed Material Procedures to a limited extent, but even then they remain fundamentally unfair.'

Amnesty's positie

Ik zal u nu uiteenzetten wat Amnesty's positie is. De inhoud daarvan zal u niet verbazen, gezien wat ik in het voorgaande heb besproken.

Amnesty erkent dat er omstandigheden kunnen zijn waaronder de regering de openbaring van informatie rechtmatig mag beperken, bijvoorbeeld omdat anders de veiligheid van identificeerbare personen in gevaar zou kunnen komen. Maar dat mag alleen in uitzonderlijke omstandigheden en onder zeer strikte voorwaarden. Die moeten wettelijk gedefinieerd en afgebakend worden.

Aantonen dat beperkingen van mensenrechten, waaronder het recht op een eerlijk proces, noodzakelijk en proportioneel zijn - dat is een verantwoordelijkheid van de staat. Als er een



“Aantonen dat beperkingen van mensenrechten, waaronder het recht op een eerlijk proces, noodzakelijk en proportioneel zijn

noodzaak bestaat om gevoelige informatie voorzichtig te behandelen, ontslaat dat de overheid nog niet van de plicht om de rechten van individuen te beschermen. Effectief rechtsmiddel en eerlijk proces zijn immers mensenrechten.

Door informatie van de inlichtingen en veiligheidsdiensten vrijwel automatisch als ‘geheim’ te classificeren onder de noemer van nationale veiligheid, wordt er een enorme hindernis opgeworpen om de overheid verantwoordelijk te kunnen houden voor eventuele mensenrechtenschendingen. Het zijn immers meer dan eens juist deze diensten die betrokken zijn bij marteling of oorlogsmisdaden. De beslissing of de inperking van eerlijk procesrechten gerechtvaardigd is moet bij een rechter liggen. Hoe groter het risico op marteling of gevangenneming, hoe indringender de toetsing hoort te zijn.

Internationale mensenrechtenexperts, het Europese Hof en VN-instellingen stellen dat er in dit soort zaken altijd een ‘geëigend mechanisme’ moet worden gevonden. Het Britse systeem van Special Advocates is in elk geval niet zo’n mechanisme. Het argument dat de rechter wél het materiaal kan inzien en er daarom wel een eerlijke uitkomst wordt gegarandeerd, gaat niet per definitie op. Immers, bewijs is alleen echt waardevol als het onbetwistbaar is. Maar in gesloten procedures is er niemand geweest die het bewijs daadwerkelijk kán betwisten.

Tenslotte moeten er, los van de compenserende maatregel, sterke interne en externe controlemechanismen bestaan om de accuraatheid van de informatie te waarborgen alsmede de rechtmatigheid van de verwerving daarvan. Er moet onafhankelijk en effectief toezicht gehouden worden dat die mechanismen adequaat worden nageleefd.

Ten slotte

Ik kom aan het slot. Het voorafgaande kan ik aldus samenvatten: zelfs wanneer beperkingen gerechtvaardigd zijn, mag dat niet betekenen dat de mensenrechten daarmee terzijde worden geschoven. Het uitgangspunt moet zijn dat informatie beschikbaar moet zijn voor beide partijen en, indien er een legitieme grond bestaat, er niet meer informatie geheim wordt gehouden dan strikt noodzakelijk. Bovendien moeten deze beperkingen dan voldoende gecompenseerd worden in het juridische proces.

Misschien vraagt u zich af of het Britse systeem dan niet in ieder geval beter is dan het Nederlandse systeem, dat geen special advocates kent en waarin het equality of arms principe even goed onder druk staat wanneer bestuursbesluiten gebaseerd zijn op geheime informatie die niet inzichtelijk is voor de betrokkene of zijn/haar advocaat. Ik zal deze vraag vandaag niet

kunnen beantwoorden, omdat dit meer onderzoek vergt naar de werking van het Nederlandse systeem, de mate waarin er gebruik wordt gemaakt van geclassificeerde informatie, en de impact op de mensenrechten. Wellicht zijn er systemen denkbaar die wel als een effectieve compenserende methode fungeren. Maar het Britse systeem zou in ieder geval niet als voorbeeld genomen moeten worden.

Amnesty blijft dus een tegenstander van geheimrecht. Waar Amnesty wel een voorstander van zou zijn is de introductie van privacy advocates in de beoordeling van een verzoek om interceptie en surveillancebevoegdheden door een rechter. Wanneer de Inlichtingen – en Veiligheidsdiensten, of de verantwoordelijke Minister, een verzoek laten toetsen door een rechter – in Nederland is het de TIB- om een persoon of groep heimelijk af te luisteren, is het logisch dat die betrokkene niet altijd aanwezig kan zijn of vertegenwoordigd kan worden. In zulke gevallen zou een onafhankelijke privacy advocate belast met de taak om het algemene belang te vertegenwoordigen een bruikbare waarborg kunnen zijn tegen mogelijke misbruik. Deze persoon, aangesteld door juridische entiteit, zou vraagtekens bij het verzoek kunnen stellen en de bescherming van mensenrechten kunnen bepleiten. Dit zou het recht op tegenspraak in dergelijke procedures kunnen vergroten, zodat alle verschillende perspectieven worden meegenomen en de mensenrechten implicaties volledig en zorgvuldig kunnen afgewogen. Niet alleen voor niet de betrokken persoon of groep maar de samenleving als geheel.

7) Reguleringsopties VI-VII-V:

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

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

Reguleringsoptie V: Introduceer een special advocate

- Vooropgesteld is dat de special advocate de waarborgen niet mag uithollen binnen het strafrecht. Kunnen we overeenstemmen dat je uit moet gaan van transparantie maar wanneer dat niet kan een dergelijk figuur inzetten?
- Ontwikkelingen bestuursrechter beslisregels openbaar zonder algoritme openbaar maken. Welke beslissing neem je? Uitleggen hoe het algemeen werkt. Dat is een interessante ontwikkeling ook voor het strafrecht.
- Binnen praktijk OM wel sterke focus op privacy en discriminatie (soort intern zelfcorrigerend mechanisme). Wettelijke regeling niet altijd nodig.
- Veronderstellingen en waardeoordelen onderliggen aan het maken van algoritmen en systemen. Kan je dat reguleren? Wanneer het gaat om toezicht/handhaving of toekennen van rechten zijn het weer verschillende situaties. Zou er een wetboek van data science moeten zijn, waarin duidelijk wordt gemaakt wat de kaders zijn voor data-analyses?
- Er kan een wettelijke grond bestaan om informatie niet openbaar te maken. Dat moet eerst goed worden bekeken, alvorens er kan worden toegekomen aan de vraag of een special advocate eventueel wenselijk zou zijn. Een rechter toetst bijvoorbeeld vaak maar marginaal of er inderdaad sprake is van een nationale veiligheidsbelang. Dat zou sterker kunnen.
- Awb 8:29 rechter toets of er een gerechtvaardigd belang is om informatie niet bekend te maken aan eiser.

- Daarbij moet ook worden bedacht dat er openbaarheidsproblemen kunnen zijn als er in privaat-publieke samenwerkingsverbanden wordt gewerkt en private partijen zich beroepen op hun bedrijfsgeheim.
- Is calculerende burger echt een realistisch argument? Gaan ze niet gewoon de regel naleven als ze weten dat er een snelheidscontroles zijn etc. Op sommige punten wel, maar op andere punten is er wel degelijk het gevaar van wetsomzeiling.
- Naast een special advocate zou ook kunnen worden geïnvesteerd in meer toezicht en handhaving. AP zou tanden en budget moeten hebben, dan hoeven burgers het niet op te nemen tegen de Belastingdienst etc.
- Andere twee opties: wie voegt zich bij wie? En moet dat wel gekoppeld zijn aan individuele zaak. Dan misschien bepaalde opsporingspraktijk individueel aanvechten los van het strafbare feit.
- Reguleroptie VII zou kunnen leiden tot extra expertise bij de verdediging. En dat strafrechtelijke bevoegdheden bij strafrechter aangebracht moeten worden niet bij de bestuursrechter om vermenging te voorkomen.
- Er is al een centrale toetsingscommissie van OM en politie die adviseert op opsporingsmethoden en die kijkt naar discriminatie.

8) Presentatie Otto Volgenant Boekx Advocaten – Procederen over privacy:

- Boekx procedures over privacy:
 - 2015: kort geding tegen Wet Bewaarplicht Telecommunicatie
 - Coalitie van eisers
 - NGO's
 - Telecombedrijven
 - Rechter stelt wet buiten werking.
 - Was een succesvolle zaak maar privacy zaken daarna niet zo gemakkelijk.
 - SyRI = Systeem Risico Indicatie⁴⁸⁸
 - Eisers: NJCM / Privacy First / KDVP / Platform Bescherming Burgerrechten / Landelijke Cliëntenraad / Tommy Wieringa / Maxim Februari
 - Dagvaarding 27 maart 2018
 - FNV heeft zich gevoegd / tussenvonnis 26 september 2018
 - Wiv2017
 - Kort geding direct na inwerkingtreding
 - Inzet: uitstel onderdelen tot na wetwijziging
 - NGO's en telecom-bedrijven
 - Vonnis 26 juni 2018
 - Belastingdienst
 - HR 24 februari 2017 (ANPR) ECLI:NL:HR:2017:286
 - Rechtbank Amsterdam 11 januari 2018 (Volgenant/Belastingdienst) AMS 16/3456
 - Behoorlijk beslag op beschikbare middelen, maar toch niet disproportioneel.
 - Staatssecretaris Snel 19 november 2018: Ik verwacht dat de Belastingdienst per mei 2019 in lijn zal zijn met de AVG.
 - Belastingdienst

⁴⁸⁸ Aanvankelijk zou deze zaak door Boekx gevoerd worden, maar deze wordt uiteindelijk door Deikwijs Advocaten gevoerd en inmiddels gezamenlijk met SOLV Advocaten.

“Je kan echt iets bereiken als je van de individuele zaak gelijk iets groters kan maken.”

- Rechtbank Amsterdam 15 november 2018 (Belastingdienst/Museumkaart) ECLI:NL:RBAMS:2018:8138
- Rechtbank: er is een wettelijke verplichting tot verstrekking van gegevens.
- Frequentie bezoeken en bezochte locaties kunnen indicatoren zijn voor de woonplaats.
- Geen strijd met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. (!?)

– Zaak waar collectief belang duidelijk is. Voor burgers niet duidelijk dat gegevens verzameld in private context kunnen worden opgevraagd door bijv. Belastingdienst. Maar ook de vraag of de stichting museumkaart die data wel had moeten verzamelen.

- Waarom zo weinig procedures over privacy?
 - Er zijn niet zoveel zaken over privacy in termen van collectieve acties. Vergeleken met bijv. milieurechtzaken waar gemakkelijk duizenden mensen zijn te vinden om mee te betalen. Er zijn problemen met de financiering: crowd funding lastig en pro bono kantoren missen vaak de expertise of kunnen het niet altijd gratis doen. Bijv. SyRI zaak geen dekking kosten. Digital freedom fund in Berlijn voor strategisch procederen.
- Individuele procedures zijn weliswaar op specifieke casus gericht, maar kunnen een zaaksoverstijgend belang vertegenwoordigen:
 - Patricia Paay/ GeenStijl
 - Nikki Lee Jansen/ Dumpert
 - Chantal uit Werkendam/ Facebook
 - Onno Hoes/ Powned
- Individuele zaken kunnen ook een collectieve dimensie hebben. Bijv. zaak waarin de schadevergoeding bestaat uit de advertentie-inkomsten van Dumpert. Of RTBF zaken tegen Google. Deze verzoeken worden vaak afgewezen door google, vaak geen vervolg klacht aan AP. Het is moeilijk als individu om het tegen grote bedrijven op te nemen bijv. in termen van kosten. Juridisch kan het duidelijk zijn dat een document of video niet openbaar gemaakt mag worden, maar toch gebeurt het. Als je dat als individu steeds moet zien te verwijderen is dat moeilijk. Zou goed zijn tegen dit soort bedrijven te procederen en te zorgen dat dit niet meer gepubliceerd wordt.
- Schadevergoeding: Plasseksvideo Patricia Paay, door GeenStijl.nl gepubliceerd. Rechtbank Amsterdam, 25 juli 2018. Gedaagde redactieleden worden op persoonlijke titel aansprakelijk gehouden. Immateriële schade € 30.000,-. Verspreiding van overduidelijk tot de intieme privésfeer behorend, in meer of mindere mate seksueel getint althans “bloot”, foto- en/of videomateriaal is in beginsel steeds onrechtmatig (tenzij duidelijk instemming). Het is moeilijk voorstelbaar dat hierop uitzonderingen kunnen bestaan.
- Zwartelijstartsen.nl / naming & shaming/ Google: Rechtbank Amsterdam, 19 juli 2018. Voorwaardelijke schorsing arts / publicatie op bigregister.nl en tuchtrecht.overheid.nl. Rechtbank: de wetgever heeft een uitgekiend wettelijk systeem ingericht. Begrip ‘zwarte lijst’ heeft negatieve betekenis. Toewijzing vordering. Hoger beroep Google... Barbara Streisand-effect.
- Initiatiefnota Koopmans: onderlinge privacy (TK 34926). Slachtoffers van ernstige privacy-schendingen een vergelijkbare rechterlijke spoedprocedure met ex parte-bevelen bieden als slachtoffers van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten die nu hebben conform art. 1019 (e) Wetboek van Rechtsvordering. Versterking recht op vergetelheid. Evaluatie toegezegd binnen half jaar na inwerkingtreding AVG (motie TK 34851, nr. 19):
 - gezondheidsgegevens bij sportbeoefening

- kleinere organisaties
- zwarte lijsten fraudeurs
- ervaringen met klachtbehandeling AP,
- leeftijdsgrens kinderen online
- journalistieke doeleinden
- geautomatiseerde besluitvorming
- ex parte bij ernstige schendingen AVG.
- Waarom zo weinig procedures over privacy?
 - Individuele rechtszaken
 - handjevol
 - individuele eisers willen geen publiciteit
 - Tegenstanders als Google/YouTube/Facebook/GeenStijl/Dumpert
 - kosten
 - schadevergoedingen zijn laag
- Van de wetgever is op korte termijn niets te verwachten / AP is tandeloos
- Je kan echt iets bereiken als je van de individuele zaak gelijk iets groters kan maken. Stichting SOS online opgericht om collectieve acties te kunnen voeren. Ook samenwerking met andere stichtingen. Vgl. meldpunt kinderporno heeft goede relaties met telecom providers, die halen het gelijk offline.

9) Reguleringsopties XI-XIII-IX:

Reguleringsoptie XI: Verruim de mogelijkheden in het civielrecht voor collectieve acties

Reguleringsoptie XIII: Versoepel de eis voor rechtspersonen om het algemeen belang

waarvoor zij opkomen in hun statuten te vermelden en feitelijke werkzaamheden te verrichten

Reguleringsoptie IX: Beperk het vereiste van vooraf overleg met de gedaagde van de voorgenomen rechtsvordering zoals vervat in Artikel 3:305a lid 2 BW

- Abstracte schadevaststelling zou een interessante optie kunnen zijn.
- Optie 11: lid 2 dient ook als bescherming van de eiser dat ze weten waar ze in stappen. En er is altijd vooraf wel communicatie, ook al leidt het tot niets.
- Optie 9: Waarom is het moeilijk burgers te trekken? Waar ligt het verschil tussen milieuzaken en privacyzaken. En wat voegen eventuele alternatieven toe; wat zijn de nadelen van een GLO of class action? Civiel recht is momenteel redelijk goed geëquipeerd voor Big Data achtige processen, alhoewel het probleem bij dit soort processen blijft dat schade lastig is aan te tonen, wat ook geldt voor het eventuele causale verband tussen Big Data processen en schade.
- Koopmans nota: het ex-parte idee komt uit het IE vakgebied. Dat bijvoorbeeld YouTube iets eerst weg moet halen; daarna pas juridische procedure. Dan is het wel snel opgelost. Hoe werkt dit echter bij Big Data problemen? Lijkt moeilijk toepasbaar op de overheid. Ook is het risico dat bij te strenge regulering, partijen te veel zullen verwijderen uit voorzorg.

10) Presentatie Phon van den Biesen - Strategisch Procederen in het Milieurecht:

- Strategisch Procederen
 - Noodzaak? Afbreukrisico
 - Opties afwegen: Lobbyen, Campagne, Op-edsin de media, Kamervragen, Lawaai maken, Blokkade, Procederen

- Omstandigheden: grote/kleine club, grote/kleine achterban, dikke/dunne portemonnee, David tegen Goliath
 - Dreigen met dagvaarden / -handhaving vragen
 - Output: het belang van winnen of verliezen, bijkomende effecten: de zaak op de kaart, publiciteit, mobilisatie, nieuwe leden, donaties etc., onderhandelingspositie verwerven, verbeteren van concrete milieusituatie
 - Precedentwerking > Jurisprudentie
 - Naar de civiele rechter / bestuursrechter
- Oud als de Weg naar Rome....
 - Jaren '80 achterstallig onderhoud
 - Jaren '80 Nieuwe Meer
 - Jaren '80 Kruisraketten
 - Jaren '80 milieuzaken: "Rutte", Reinwaterzaken
 - Jaren '90 Schipholprocedures (incl Bulderbos)
 - Jaren '90 Waterpakt
 - Jaren '90 Kernwapenzaak – Internationaal Gerechtshof
 - Jaren 2000 NSL zaak tegen Europese Commissie – HvJEU
 - Jaren 2010 Rookpreventie
 - Jaren 2010 Luchtkwaliteit
- Voorloper van De Nieuwe Meer-uitspraak - Prijzenbeschikking-arresten:
 - HR 1 juli 1983, Broederschap Notarissen / Staat, RvdW1983, 131 en HR 1 juli 1983, LSV / Staat, NJ 19884, 360, m.nt. M.W. Scheltema
 - In beide zaken: eis Prijzenbeschikking buiten werking stellen
Rechtbank en Hof : organisaties ontvankelijk, want Prijzenwet verplicht tot vooraf met organisaties te onderhandelen, dus: LSV en de Broederschap hadden eigen belang
 - Ten overvloede oordeelde Hof dat het niet "in het belang van de Staat, noch in het belang van een goede rechtspleging zou zijn, wanneer allerhande individuele medische specialisten (/notarissen) omtrent de beschikkingen eigen procedures aanhangig zouden maken"
 - HR verwerpt cassatieberoep Staat
 - Nieuwe Meer arrest: HR d.d. 17 juni 1986, NJ 1987, 743 m.nt. WHH
 - Gemeente had twee petten op:
 - Schond eigen regels,
 - Gemeente was bevoegd gezag
 - Hoge Raad: "bundeling" "bij gebreke van de mogelijkheid van een zodanige bundeling zou integendeel een efficiënte rechtsbescherming tegen een dreigende aantasting van deze belangen – die in de regel grote groepen burgers tezamen raken, terwijl de gevolgen van een eventuele aantasting ten aanzien van ieder van die burgers zich vaak moeilijk laten voorzien – niet onaanzienlijk kunnen worden bemoeilijkt" Opkomen tegen gedragingen, "waarvan zij menen dat deze ten onrechte zonder vergunning plaatsvinden en die in beginsel tot aantasting kunnen leiden van de belangen waarvoor de vereniging blijkens haar doelomschrijving opkomt. Dit brengt tevens mee dat het niet op zijn plaats zou zijn om in een geval als het onderhavige nadere eisen voor de ontvankelijkheid te stellen, zoals bijvoorbeeld ter zake van representativiteit of feitelijke werkzaamheden."

- Kuunders-arrest: Natuur en Milieu e.a./Kuunders, HR 18 december 1992, NJ 1994, 139, m.nt. Brunneren Scheltema
 - Hoge Raad: “Een en ander brengt ook mee dat ingeval deze belangen worden aangetast door schending van tot hun bescherming strekkende normen, zulks jegens rechtspersonen tot wier statutaire taak het behartigen van die belangen behoort, onrechtmatig is, zodat deze daarin in elk geval de bevoegdheid ontlennen in rechte een verbod van verdere schending te vorderen.” “Daarbij verdient nog opmerking dat wanneer de burgerlijke rechter de vordering tot het verbieden van een bepaalde, als onrechtmatig gewraakte gedraging ontvankelijk acht nadat de administratieve rechter in een door dezelfde eiser ingesteld beroep de overheid niet gehouden heeft geoordeeld tot het ter zake uitoefenen van bestuursdwang, hij niet hetzelfde punt beslist als waaromtrent reeds was beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.(...)”
- Artikel 3:305a BW
 - uit de Memorie van Toelichting: “De in dit wetsvoorstel gebezigde formulering bevat geen elementen die in de weg staan aan een actie als die welke in de zaak De Nieuwe Meer was ingesteld.” (Kamerstukken II, 1991-1992, 22 486, nr. 3, MvT, pag. 22)
- Luchtkwaliteit
 - Bodemrechter v. Kort Gedingrechter
 - Voorz. rechter Rb Den Haag, 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171
 - Rb Den Haag, 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380
- Jaren 2017-2018 Luchtkwaliteit
 - Bodemrechter gaf voorrang aan het Privacy first-arrest:HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First)
 - en nam aan dat de burger gewoon handhaving van de luchtkwaliteit kan vragen (aantoonbaar niet het geval) en dat de burger dat met exceptieve toetsing van het NSL door de Raad van State kan bereiken (wat evenmin het geval is)
- Jaren 2017-2018-2019 Luchtkwaliteit
 - Raad van State d.d. 17 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3324
 - “De Wet milieubeheer bevat ook overigens niet een verbod op overschrijding van de in bijlage 2 opgenomen grenswaarden dat kan worden gehandhaafd. De conclusie van de staatssecretaris dat hij niet bevoegd is om handhavend op te treden door dwangsommen of specifieke maatregelen aan de Staat of de

gemeente Amsterdam op te leggen, is daarom juist. Handhavend optreden zou in strijd zijn met artikel 5:4 van de Awb(... [maar dat] ...) betekent niet dat [appellanten] niet kunnen bewerkstelligen dat de overheid aan de verplichtingenuit de Richtlijn luchtkwaliteitvoldoet. Zij kunnen een vordering bij de burgerlijke rechter instellen.”

○ Gerechtshof wijst arrest op 7 mei 2019
 Artikel 3:305a BW heeft jaren lang probleemloos gewerkt. Na de Privacy First-zaak is het van de rails gelopen, maar het is aan de Hoge Raad om weer bij te draaien. Bij een principiële zaak zit je beter bij de burgerlijke rechter. Raad van State is oorspronkelijk advies orgaan regering. Dus bestuursrechter staat er wel anders in dan civiel rechter. Ze komen uit de bestuurspraktijk en dat beïnvloedde jarenlang de beslissing. Dat wordt wel minder.

“Artikel 3:305a BW heeft jaren lang probleemloos gewerkt. Na de Privacy First-zaak is het van de rails gelopen, maar het is aan de Hoge Raad om weer bij te draaien.”

11) Reguleringsopties XIV-XV-VIII:

Reguleringsoptie XIV: Breid de mogelijkheden van amicus curiae participatie uit

Reguleringsoptie XV: Creëer een processenfonds voor de Big Data context

Reguleringsoptie VIII: Breid de rol van de Ombudsman uit

- Procesfonds (strategisch procederen laat ingezet vanwege kosten). In Canada fonds dat zich weer aanvult door percentage van vergoedingen verkregen uit gewonnen zaken. Is een fonds een goede optie voor NL? In Canada is er een commissie die bepaalt wie geld krijgt, waarbij een criterium is of het algemeen belang wordt gediend, maar ook hoe succesvol een zaak zal zijn.
- Misschien een fonds onderbrengen bij instantie zoals comité voor mensenrechten of ombudsman.
- Australië heeft fonds voor fiscale zaken
- Stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann had een fonds voor proefprocessen maar is nu op.
- Zo regelgeven dat het geen open eind karakter heeft.

12) Samenvattend:

De projectgroep sluit af in verband met de tijd. De projectgroep concludeert op basis van de discussies het volgende met betrekking tot de verschillende reguleringsopties:

- We moeten data analyse reguleren: Maar de vraag blijft welke methode is dan aangewezen?
- Regulering van non-persoonsgegevens is op zich interessant, maar moet verder worden uitgewerkt
- Weinig weerstand tegen constitutionele toetsing.
- Systeem van prejudiciële vragen zou kunnen worden uitgebreid.
- De Special Advocate stuit op veel weerstand. Denk eerder aan algemene transparantie van algoritmen.
- Bewijsuitsluiting of strafvermindering binnen het strafrecht kan worden onderzocht.
- Participatie door andere partijen in het strafproces gaat ver en vergt een systeemwijziging
- De HR uitspraak in de Paspoort-zaak is een van de grootste obstakels, maar wie aan zet is om hier een oplossing voor te bieden is onduidelijk
- Civielrecht over het algemeen zeer goed geëquipeerd
- Bestuursrecht zou kunnen worden versterkt op dit punt, waarbij het toetsen van algemeen verbindende voorschriften kan worden onderzocht.
- Proefprocessenfonds kan werken onder bepaalde voorwaarden.