

Tien voorstellen voor aanpassingen aan het Nederlands procesrecht in het licht van Big Data

Computerrecht 2020/2

Nederland transformeert naar een data-gedreven samenleving. De politie, belastingdienst en uitkeringsinstanties experimenteren met Big Data en private partijen, zoals sociale media, banken, en medische organisaties gebruiken algoritmes en profielen om beleidskeuzes te maken. In onderzoek dat is verricht in opdracht van het Ministerie van Justitie wordt geconcludeerd dat 10 veranderingen aan het Nederlands recht nodig zijn om deze transitie in goede banen te leiden.

1. Introductie

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

Big Data als term kan worden gebruikt om iets te zeggen over verschillende nieuwe technieken en data-gedreven toepassingen, namelijk op de punten waarop zij in grote mate overeenkomsten vertonen. Die overeenkomsten zitten niet zozeer in de specifieke technieken die er worden gebruikt, welke data er worden verzameld of hoeveel, maar in de stadia waarlangs de verschillende processen verlopen. Het dataverwerkingsproces verloopt namelijk vaak min of meer via dezelfde drie fases:

- (1) Verzamelen: in de eerste fase worden grote hoeveelheden gegevens verzameld uit verschillende bronnen en vervolgens opslagen, al dan niet in de cloud.
- (2) Analyseren: in de tweede fase worden de verzamelde gegevens gecategoriseerd, geanalyseerd, bijvoorbeeld door middel van slimme algoritmes, en vervolgens in patronen of profielen gegoten. AI vormt in deze een onderdeel van de meeste Big Data processen.
- (3) Gebruik: in de derde fase worden de algemene profielen, verbanden en patronen gebruikt voor het maken van beslissingen en keuzes.²

De omslag naar een data-gedreven samenleving brengt met zich dat processen binnen organisaties structureel anders worden ingericht, dat besluitvorming deels op basis van

profielen en algoritmes zullen geschieden en dat data een nog centralere rol zullen gaan innemen in de relatie tussen burger, bedrijfsleven en overheid. Zowel het kabinet als de diverse adviesorganen zijn zich ervan bewust dat deze omslag de nodige aanpassingen aan het Nederlands recht vergt, zowel om de kansen die deze omslag biedt optimaal te benutten als om stevige waarborgen tegen gevaren en risico's neer te leggen. In de diverse rapporten en nota's van onder meer de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, de Raad van State, het Rathenau Instituut en de Raad voor de Volksgezondheid³ die tot nu toe over dit onderwerp zijn verschenen wordt met name stilgestaan bij vraagstukken omtrent materiële rechtvaardigheid en het toekennen van sterke materiële rechten aan burgers.

Minstens even belangrijk is echter dat er ook voldoende aandacht is voor de toegang tot het recht en principes van procedurele rechtvaardigheid, waarbij de nadruk ligt op de rechtvaardigheid van (besluitvormings)processen.⁴ 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 misstanden adresseert in specifieke gevallen, maar niet de structurele en onderliggende oorzaken, systeemfouten blijven bestaan. Dergelijke knelpunten 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 het procedurele vlak een aantal nieuwe vragen oproept.

Daarom is in opdracht van het Ministerie van Justitie een studie verricht,⁵ waaruit volgt dat het nationale en supra-

3 www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2011/03/15/ivoerheid, www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-07/Beschaafde%20Bits.pdf, www.rathenau.nl/sites/default/files/Rapport_Datagedreven_samenleving_Rathenau%20Instituut.pdf, www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-06/Rathenau%20Instituut_Waardevol_digitaliseren.pdf, www.rathenau.nl/nl/digitale-samenleving/mensenrechten-het-robottijdperk, www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-06/Rathenau%20Instituut_Waardevol_digitaliseren.pdf, www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Opwaarderen_FINAL.pdf, <https://acvz.org/wp-content/uploads/2016/11/WEB-Profilieren-en-Selecteren-.pdf>, www.raadrsvs.nl/documenten/publicaties/2019/02/05/waardenvolle-zorgtechnologie, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/03/01/algoritmes-en-grondrechten, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34926-2.html>, www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=06cee835-6c90-4bdc-b067-fd-28dfe2da31&title=Initiatiefnota%20.pdf, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26643-570.pdf>, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26643-588.pdf>, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26643-537.pdf> en www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/03/28/kamerbrief-met-reactie-op-uu-rapport-algoritmes-en-grondrechten.

4 Zie o.a. Solum, Lawrence B., *Procedural Justice* (February 23, 2004). U San Diego Law & Econ Research Paper No. 04-02; U San Diego Public Law Research Paper No. 04-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=508282> or <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.508282>.

5 B. van der Sloot & S. van Schendel, 'De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data: Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving', WODC 2019, projectnummer 2900, www.wodc.nl/binaries/2900_volledige_tekst_tcm28-402015.pdf.

1 Bart van der Sloot is senior researcher en Sascha van Schendel is promovendus aan het Tilburg Institute for Law, Technology and Society (TILT) van Tilburg University.

2 www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2016/04/28/big-data-in-een-vrije-veilige-samenleving.

ationale 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.

In deze bijdrage zullen de belangrijkste bevindingen van dat rapport worden weergegeven. Zij worden onderverdeeld in algemene aandachtspunten (paragraaf 2) en specifieke knelpunten (paragraaf 3). In paragraaf 4 zullen de concrete voorstellen voor het verbeteren van het procesrecht worden toegelicht. Ten slotte bevat paragraaf 5 enkele reacties op het rapport.

2. Algemene aandachtspunten bij Big Data

Het nationale en supranationale procesrecht kenmerkt zich momenteel 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 civiel recht, het bestuursrecht, het strafrecht als het internationale mensenrechtenkader. Deze nadruk werkt goed voor veel traditionele rechtsgeschiedenissen: 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 binnengedrennen 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; etc.

Des te groter de dataverwerkingsprocessen en hoe algemener de gegevensanalyse, 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 of maatschappelijke 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? Vinden we het gerechtvaardigd om individuele burgers te beoordelen op basis van voorspellende analyses en groepsprofielen?

Daarnaast zijn bij Big Data processen procedurele vraagstukken van belang: aspecten die zien op hoe systemen en processen 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? 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?

3. Tien specifieke knelpunten in het huidige rechtsstelsel

In het WODC-rapport zijn tien knelpunten geformuleerd ten aanzien van de toepassing van het huidige rechtsstelsel op Big Data processen, waarbij een flink deel samenhangt met de huidige nadruk op het subjectieve recht van natuurlijke personen om voor individuele belangen op te komen:

1. *Onbekendheid*: alhoewel het individu een klachtrecht toekomt in het civiel recht 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 AVG 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. 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 de individu-overstijgende Big Data praktijk. Daarom zou moeten worden overwogen of een AVG-achtig regime niet ook op gegevens niet-zijnde persoonsgegevens van toepassing zou moeten zijn.
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 te 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, is het recht op een eerlijk proces. Steeds meer beslissingen die 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 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.⁶ 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 tot stand was gekomen, maar de Supreme Court van Wisconsin⁷ oordeelde hierover in zijn nadeel, om zo de bedrijfsbelangen van het bedrijf dat de risicoanalyses van verdachten maakt te beschermen.
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 AVG, 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 indivi-

6 Pasquale, F. (2015), *The black box society*, Harvard University Press.

7 www.wired.com/2017/04/courts-using-ai-sentence-criminals-must-stop-now/.

du (alhoewel dit, zoals gezegd, 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 in deze fase dat veel van de problemen ontstaan. Zo kennen datasets niet zelden 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 beslismodellen) 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.⁸

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 daartegen opkomen 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 drugsdelinquenten en besluit de beschikbare databases te doorzoeken op aanwijzingen. Daarbij beperkt zij de zoekopdracht evenwel tot personen uit een bepaalde wijk, waarin veel personen wonen met een migratieachtergrond. De resultaten die daaruit volgen kunnen bruikbaar zijn en er kan worden gezocht naar additioneel bewijs om te komen tot een arrestatie of eventuele veroordeling. Kan iemand waartegen onomstotelijk bewijs is gevonden dat hij in drugs handelt vervolgens bezwaar maken op grond van de klacht dat hier sprake is van discriminatoir beleid? Dat zal in de praktijk moeilijk zijn, omdat een eventuele bias in de onderzoeks- en opsporingsfase niet noodzakelijkerwijs iets afdoet aan de rechtmatigheid van bewijs. Dit terwijl een dergelijke beleidskeuze desalniettemin kan leiden tot structurele problematiek en maatschappelijke ongelijkheid.
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 daar bijkomend 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. Dit is slechts een voorbeeld van het meer algemene punt dat de materiële rechtsbescherming in velerlei opzicht nog is gekoppeld aan de status quo van de analoge wereld.

10. *Verantwoordelijkheid moeilijk toe te delen*: in toenemende mate wordt voor Big-Data analyse gebruikgemaakt van data die afkomstig is van andere partijen. Er is een risico dat de partij die gebruikmaakt 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 analysemethoden zelf niet voorhanden hebben; of kan getracht worden de verantwoordelijkheid voor fouten in de analyse door te schuiven naar de software ontwerper. Het produceren, aanbieden, toepassen en gebruiken van data-gedreven systemen loopt vaak over zoveel schijven, waarbij elke partij invloed heeft op slechts een klein deel van het gehele proces, dat het niet eenvoudig is om verantwoordelijkheid binnen de keten aan één of enkele partijen toe te schrijven. Naast het ontlopen of op elkaar afschuiven van verantwoordelijkheid kan deze constellatie ook voor individuen die worden 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?

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, bijvoorbeeld door gespecialiseerde burgerrechtenorganisaties, zijn deze mogelijkheden voorsnog beperkt en geven zij geen rekenschap van de fundamentele veranderingen die door Big Data processen worden ingezet.

4. Tien aanpassingsvoorstellen

Als steeds meer processen binnen de overheid data-gedreven worden, dan is het belangrijk een aantal aanpassingen door te voeren in recht en beleid. Daarom is bekeken welke aanpassingen er nodig zijn voor een betere en stevigere inbedding van Big Data in de Nederlandse publieke sector. Daaruit volgen 10 concrete voorstellen voor aanpassingen aan het juridisch kader, die ieder zijn terug te voeren op twee kernprincipes. Enerzijds moet het Nederlands (proces)

8 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.

recht meer aandacht schenken aan de bescherming van algemene en maatschappelijke belangen. Anderzijds dient het Nederlands recht meer ruimte te bieden voor niet-natuurlijke personen, zoals burgerrechtenorganisaties, om zaken in het algemeen belang te voeren of maatschappelijke belangen in rechte te verdedigen. De 10 voorstellen worden hieronder kort besproken.

4.1 *Geef duidelijkheid over bewijsuitsluiting en 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 strafrechten. Daarnaast kunnen profielen indiceren wie verder te onderzoeken teneinde opsporingscapaciteiten zo efficiënt mogelijk in te zetten. Echter, de basis voor voorspellingen hangt vaak samen met statistiek en geaggregeerde data. Immers een voorspelling is niets meer dan anticiperen wat voor gedrag zal plaatsvinden gebaseerd op data van andere, vergelijkbare situaties uit het verleden. Eén van de meest genoemde gevaren dat hierbij wordt gesignaleerd, zowel in de literatuur als in de voor het onderzoek gevoerde interviews,⁹ is het risico op discriminatie en stigmatisering.

Stel bijvoorbeeld: de politie maakt gebruik 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 rechtmatig en toelaatbaar is. Toch kan het maatschappelijk onwenselijk zijn als er bovenmatige aandacht is tijdens de onderzoeks- en opsporingsfase voor personen van een bepaalde bevolkingsgroep, terwijl plegers van strafbare feiten uit andere bevolkingsgroepen onevenredig 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. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de herziening van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Straf-

9 Interviews zijn afgenomen met: 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 Bonheur), 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).

vordering en de regels voor bewijsuitsluiting en strafvermindering.¹⁰ Het gaat bij grote data-gedreven projecten dan niet zozeer om het maken van onderscheid op zich, maar een schending van het non-discriminatiebeginsel als een bias in een systeem leidt tot een schending van het recht op een eerlijk proces.

4.2 *Geef rechtspersonen de mogelijkheid zich te voegen als partij in een strafzaak*

Daarnaast zou met betrekking tot de besproken problematiek voor een tweede, minstens even belangrijke oplossing kunnen worden gekozen. Door de mogelijkheid van bewijsuitsluiting en strafvermindering wordt de individuele verdachte weliswaar gecompenseerd voor eventueel nadeel echter, het onderliggende probleem (de bias in de dataset of algoritme) wordt niet noodzakelijkerwijs aangepakt. Om dit euvel te voorkomen zou de wetgever de mogelijkheid kunnen geven aan burgerrechtenorganisaties om zich als partij te voegen in een strafzaak. De rechtspersoon neemt dan niet het initiatief tot een zaak tegen een verdachte noch is deze zelf de verdachte. Wel zou de organisatie zich dan in een zaak kunnen voegen om de rechter duidelijk te maken dat in het kader van het voor het strafdoel relevante onderzoek gebruik is gemaakt van Big Data technieken die negatieve effecten kunnen hebben op het recht op 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 ontstijgt. Deze mogelijkheid is met name relevant wanneer het een structurele praktijk betreft die een impact heeft op het strafrechtstelsel dat verdergaat dan de individuele belangen van de verdachte of slachtoffer. Wel zou bij de eventuele introductie van een dergelijk rechtsfiguur 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.

4.3 *Breid de mogelijkheden voor rechtspersonen om een strafproces te initiëren uit*

Er zijn voor burgers en belangenorganisaties momenteel binnen het strafrecht vrijwel geen mogelijkheden om algemene of groepsbelangen aan de kaak te stellen. De enige optie is om een artikel 12 procedure te beginnen.¹¹ Het is niet

10 MvT, 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.

11 Art. 12 Sv.: "(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 te 's-Gravenhage 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."

uitgesloten dat bij Big Data processen het ook voor rechtspersonen mogelijk zou zijn om een dergelijke procedure te starten, voor zover de klacht volgt uit de statutaire doelstellingen en blijkt uit feitelijke werkzaamheden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan (culpoze) gegevensbeschadiging of het onrechtmatig overnemen van gegevens, maar ook aan discriminatie door profilering. Zelfs zou het kunnen voorkomen dat de overheid zelf strafrechtelijk wordt vervolgd voor schendingen van strafrechtelijke bepalingen binnen de Big Data context.

Echter, zelfs als een dergelijke procedure succesvol is, ligt het uiteindelijke vervolgingsmonopolie bij het OM, waardoor partijen geen controle hebben over of invloed op het gevoerde proces. Dit is voor burgerrechtenorganisaties een van de belangrijkste redenen om geen strafrechtelijke procedures te beginnen in het kader van data-gedreven projecten. Een nadeel van deze constellatie is dat het OM niet op alle punten de specialistische expertise heeft die deze organisaties, zoals bijvoorbeeld Amnesty International, Bits of Freedom en Privacy First, wel hebben. Wil de wetgever op dit punt bredere mogelijkheden introduceren dan zou hij onder meer kunnen kijken naar het Franse rechtssysteem; onder Frans recht is er 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, maar ook kunnen rechtspersonen binnen het strafrecht opkomen voor algemene belangen als zij op dat terrein gespecialiseerd zijn.¹²

4.4 **Introduceer de figuur van een special advocate**

Over het algemeen dienen partijen die werken met grote data-gedreven projecten openheid te betrachten, maar er zijn evidente gevallen waarin partijen niet volledig transparant kunnen zijn over de door hen gebruikte data, algoritmen en de weging van de verschillende statistische uitkomsten, bijvoorbeeld omdat dit calculerend gedrag van burgers met zich mee zou brengen. Als de wetgever voor dergelijke situaties toch een vorm van openheid en controle zou willen bewerkstelligen dan zou zij inspiratie kunnen vinden bij de figuur van de *special advocate*, zoals die onder meer in het Britse recht bekend is.¹³ De *special advocate* is een advocaat die een persoon verdedigt of vertegenwoordigt in rechte, maar niet is aangesteld door die persoon noch directe instructies van diegene ontvangt. De *special advocate* is bevoegd om het bewijs/informatie in te zien dat een verdachte/burger, vaak vanwege staatsveiligheid, niet mag inzien, en kan dan namens de verdachte spreken en handelen. Deze *special advocates* zijn gespecialiseerde advocaten die een screening te hebben ondergaan en worden benoemd door de *Attorney General*.

De *special advocate* zou 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 kunnen worden vrijgegeven uit overwegingen van nationale veiligheid of redenen van de afscherming van opsporingsmethoden ter waarborging van de werking daarvan.¹⁴ Naast het strafrecht zou de *special advocate* ook een rol kunnen spelen binnen het bestuursrecht. In het bestuursrecht is op grond van de recente Aerius rechtszaak omtrent het PAS systeem het uitgangspunt dat beslisregels openbaar kunnen worden gemaakt zonder het algoritme bloot te leggen.¹⁵ Wanneer bepaalde informatie toch niet wordt gedeeld met de betrokkene kan de rechter op grond van artikel 8:29 Algemene wet bestuursrecht (Awb) toetsen of er een gerechtvaardigd belang is om informatie niet bekend te maken aan eiser. De informatie zou in zo'n geval 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.

4.5 **Stel beroepsmogelijkheden open voor feitelijke en voorbereidingshandelingen**

Momenteel is het lastig om in het bestuursrecht feitelijke handelingen, niet zijnde een besluit, aan te vechten en geldt op grond van artikel 6:3 Awb een beperking voor bezwaar en beroep ten aanzien van een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit. 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. Van rechtsbescherming voor een individu is onder het huidige recht pas sprake wanneer eventuele nadeel voor de betrokkene is ontstaan en laat onverlet dat structurele en onderliggende problematiek kan blijven bestaan, zoals de eerder genoemde bias in de dataset, maar ook meer algemene problemen omtrent betrouwbaarheid en validiteit van de gebruikte data, algoritmen en de daaruit voortvloeiende profielen. Het grootste en belangrijkste deel van Big Data processen, namelijk de fase waarin de verzamelde data worden geanalyseerd, statistische correlaties worden gevonden en groepsprofielen worden gemaakt, valt daarmee buiten de huidige juridische kaders en zelfs besluiten kunnen slechts aan rechterlijke toetsing worden onderworpen als ze een duidelijk en individueel belang voor een belanghebbende met zich meebrengen, wat zoals uitgelegd in grote data-gedreven processen niet altijd evident is. Daarom kan het wenselijk zijn om

12 Art. 2-1 tot en met 2-21 van de Code de procédure pénale. Het gaat hierbij wel om een beperkt aantal delicten.

13 A. Boon & S. Nash, 'Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems', *Legal Ethics*, Volume 9, No. 1, 2006. J. Ip, 'The Rise and Spread of the Special Advocate', *Public Law*, pp. 717-741, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1292537>.

14 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.

15 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (Stichting Werkgroep Behoud de Peel tegen gedeputeerde staten van Noord-Brabant).

ook beroepsmogelijkheden open te stellen voor feitelijke en voorbereidingshandelingen.

4.6 *Stel beroepsmogelijkheden open tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels*

Zoals gezegd is het bestuursrecht momenteel sterk geënt op individuele rechtsbescherming voor belanghebbenden ten aanzien van concrete besluiten. Zo volgt uit artikel 8:3 Awb dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Big Data processen leunen sterk op algemene profielen en statistische correlaties, terwijl de rechtsbescherming van de Awb pas in beeld komt wanneer er sprake is van een besluit op basis van deze processen. Veel van de inzichten die met Big Data worden verkregen zullen echter worden gebruikt om algemeen beleid vorm te geven en om de Algemene Plaatselijke Verordening (APV), bestemmingsplannen of andere maatregelen vast te stellen. Wederom blijft het punt dat als een dergelijke maatregel niet leidt tot een besluit, maar wel, om welke reden dan ook, problematisch wordt geacht, er weinig mogelijkheden zijn om dergelijke punten juridisch te adresseren. Om dit probleem aan te pakken kan de wetgever overwegen om toetsing van algemene beleidskaders, groepsprofielen en algemeen verbindende voorschriften mogelijk te maken, in ieder geval binnen de Big Data context. Deze verruiming zou aansluiten bij een roep die al langer bestaat om verruiming op dit punt te bieden.¹⁶

4.7 *Creëer een mogelijkheid om wet- en regelgeving in abstracto te toetsen*

Terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens 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.¹⁷ 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. Met name in de Big

Data context is het hof een aantal keer tot een schending gekomen.

De Nederlandse regering zou aansluiting kunnen zoeken bij deze opening, wat navolging zou geven aan één van de aanbevelingen van de Commissie-Remkes.¹⁸ Om een vorm van abstracte toetsing in te voeren is het niet noodzakelijk om het toetsingsverbod uit de Grondwet te schrappen, aangezien kan worden volstaan met een verwijzing naar onder meer het Handvest van de Grondrechten van de EU, 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 Afdeling bestuursrechtspraak van 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.

4.8 *Vergroot de mogelijkheden van opt-out procedures binnen het civielrecht*

Omdat Big Data processen vaak onder de radar plaatsvinden en mensen zich niet of nauwelijks bewust zijn van het feit dat hun gegevens worden gebruikt en omdat de directe schade die daaruit voortvloeit voor een specifiek individu niet altijd aantoonbaar is, is het vaak lastig voor procespartijen om voldoende massa te creëren om een massaclaim te initiëren ten aanzien van bijvoorbeeld een groot datalek of een partij die op grote schaal onrechtmatig gegevens verwerkt. Daarom zou meer ingezet kunnen worden op opt-out procedures; daartoe is al een aanzet gegeven in het huidige Burgerlijk Wetboek, onder meer door de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie.¹⁹ Toch worden er in ons omringende landen als Frankrijk en Duitsland nog meer en bredere mogelijkheden gegeven.²⁰ Daarnaast wordt zowel in het buitenland als in andere terreinen binnen het Nederlandse recht gewerkt met standaardbedragen voor schadevergoedingen, zoals onder meer voortvloeiend uit een

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

17 EHRM, *Roman Zakharov/Rusland*, application no. 47143/06, 04 december 2015, par. 171.

18 Staatscommissie parlementair stelsel, 'Lage drempels, hoge dijken', www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/rapporten/samenvattingen/12/13/eindrapport.

19 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.

20 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG). M.W.F. Bosters, 'Collective redress and private international law in the European Union (diss.)', Wolf Legal Publishers 2014. Biard, A., Amaro, R.: 'Resolving mass claims in France: toolbox and experience', *BACT Working Papers Series*, 2016/5, December 2016. Available at: www.eur.nl/sites/corporate/files/Resolving_mass_claims_Amaro.pdf.

onrechtmatige daad.²¹ Een euvel dat procespartijen in het civiel recht aankaarten als het gaat om schade die voortvloeit uit onrechtmatige gegevensverwerking is dat de bedragen die worden toegekend bij een inbreuk laag zijn, vaak liggend tussen de nul en de paar honderd euro. Dat is voor individuele procespartijen een reden om af te zien van een rechtszaak en ook professionele partijen die in andere rechtsgebieden collectieve belangenacties opzetten om zo massaschade te claimen zien daar vooralsnog binnen de data-gedreven context van af omdat zij, zelfs bij een vastgestelde onrechtmatige daad en toegekende strooischade, vaak niet uit de kosten komen. Dit knelpunt zou kunnen worden geadresseerd door het stellen van een standaard schade voor een data-gedreven onrechtmatige daad op € 2.500,- per persoon die is geraakt door de inbreuk, waarbij de bewijslast dat een persoon niet geraakt is door een algemene data-gedreven technologie, zoals in smart cities, komt te liggen bij de partij die gebruikmaakt van de technologie.

4.9 **Breid de mogelijkheden rond het stellen van prejudiciële vragen uit**

Uit de gehouden interviews 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 wijzen worden geadresseerd. Allereerst zouden de juridische procedures kunnen worden verkort. Momenteel geven partijen aan dat zij vanwege de kosten 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. 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 stellen van prejudiciële vragen is reeds mogelijk bij het Europees Hof van Justitie²² en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²³ 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 Raad²⁴ paste het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan. In een evaluatie die over deze wet is verschenen komt een (zeer) positief beeld naar

voeren.²⁵ 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.²⁶ Het is de bedoeling om deze mogelijkheid via een Innovatiewet Strafvordering vanaf 2021 reeds in experimentvorm mogelijk te maken.²⁷

De wetgever zou, om het knelpunt ten aanzien van de kosten 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.²⁸ 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. Daarom zou kunnen worden overwogen om de procedure rond prejudiciële vragen ook open te stellen voor rechtszaken die worden gevoerd in het algemeen belang.

4.10 **Breid de mogelijkheden van amicus curiae participatie uit**

Zoals genoemd zijn de kosten voor het voeren van een rechtszaak voor procespartijen nu een van de grootste obstakels. Een al dan niet aan het vorige genoemde punt aanvullende optie 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

21 www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Orientatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf.
 22 Art. 267 VWEU.
 23 Protocol 16 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.
 24 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).

25 Giesen et al., 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht', www.wodc.nl/binaries/2631-volledige-tekst_tcm28-124547.pdf.
 26 Onderwerp Onderzoek prejudiciële vragen Hoge Raad 28 september 2016. www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-6-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-bijzondere-regelingen, voorgesteld art. 6.2.3.1 e.v.
 27 Vijfde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering en update van de Contourennota, 9 april 2019, p. 4. www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2019/04/09/tk-voortgangsrapportage-modernisering-wetboek-van-strafvordering-en-update-van-de-contourennota.
 28 HR 22 mei 2015, 14/02737, ECLI:NL:HR:2015:1296.

zij zich kunnen uitspreken over aan de zaak gerelateerde vraagstukken, zonder dat daarbij proceskosten worden gemaakt. De Minister van Rechtsbescherming gaf aan tijdens de Scheltema-lezing.

'Ik denk dat het instrument van meedenkers een bijdrage kan leveren aan een maatschappelijk effectiever bestuursrecht.'²⁹

In Nederland is nu reeds tot op zekere hoogte de mogelijkheid van *amicus curiae* participatie in het recht vervat.³⁰ Momenteel heeft de Raad van State een proef lopen om de *amicus curiae* participatie uit te breiden. Uit de gehouden evaluatie 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.'³¹

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 civiel recht. 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.³²

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, rechtsstatelijke 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 projecten de grootste potentiële meerwaarde om gebruik te kunnen maken van informatie van kenniscentra en gespecialiseerde rechtspersonen als vrienden van het hof.

5. Reacties op het WODC-rapport

Het is duidelijk dat de thematiek zoal besproken in het rapport momentum heeft. Zo benadrukte de Nationale Ombudsman tijdens een rondetafelgesprek met de Tweede Kamer dat digitale toepassingen en systemen raken aan al bestaande grondrechten en dat het de vraag is welke procedurele waarborgen daarbij horen,³³ onderstreepte Minister Ollongren procedurele rechten en toegang tot het recht als belangrijke randvoorwaarde voor een data-gedreven samenleving³⁴ en heeft onder meer de SP Kamerfractie naar aanleiding van het rapport vragen gesteld aan Jan Middendorp (VVD), initiatiefnemer van de nota 'Menselijke grip op algoritmen'.³⁵ Het kabinet³⁶ heeft reeds aangegeven dat het nog in 2019 zal komen met een formele reactie op dit rapport aan de Tweede Kamer.³⁷

6. Conclusie

Nederland transformeert naar een data-gedreven samenleving. Voor het WODC, in opdracht van het Ministerie van Justitie, is onderzoek verricht naar de vraag welke juridische aanpassingen nodig zijn om dit proces in goede banen te leiden. In dit artikel zijn 10 voorstellen voor aanpassingen aan het huidige procesrecht uit dat onderzoek voortvloeiende rapport besproken die ervoor kunnen zorgen dat het Nederlands procesrecht klaar is voor de 21^{ste} eeuw. Daarnaast geeft het rapport ook suggesties ten aanzien van de vraag hoe Big Data processen zelf beter moeten worden ingekaderd en welke aanpassingen er aan het toezicht en de naleving noodzakelijk zijn. Deze twee punten zijn in dit

29 www.njb.nl/nieuws/amicus-curiae.30982.lynx.

30 Art. 8:45a Algemene wet bestuursrecht.

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

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

33 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 229, nr. 4.

34 *Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 642.

35 www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2019Z10701&did=2019D36296.

36 Zie al de aankondiging: *Kamerstukken II* 2018/19, 34 926, nr. 8.

37 *Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 641.

artikel onbesproken gebleven; daarvoor wordt de lezer naar het eigenlijke rapport verwezen.

Niet alle voorstellen zijn op korte termijn haalbaar 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 civiel recht. Het is in dat licht vooral van belang dat de Nederlandse wetgever 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 kunnen worden getroffen 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.