

Handeling Nederlandse Juristen-Vereniging

146e jaargang/2016-II

Verslag van de op 10 juni 2016 te
Haarlem gehouden algemene
vergadering over:

Homo Digitalis

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-14357-7
NUR 820-101

Inhoud

Rede van mevrouw prof. mr. T.N.B.M. Spronken; “De menselijke maat” 1

Beraadslagingen over de preadviezen van:

mw. prof. mr. E.M.L. Moerel en mw. prof. mr. J.E.J. Prins

mw. prof. mr. M. Hildebrandt

dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en dhr. prof. mr. A.H.J. Schmidt

Opening statements preadviseurs 11

- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel 11
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt 13
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai 15
- De heer prof. mr. G-J Zwenne 16

Inleiding preadviseurs 19

- Mevrouw prof. mr. J.E.J. Prins 19
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt 23
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai 26
- De heer prof. mr. A.H.J. Schmidt 29

Eerste paneldiscussie over het overkoepelende en het strafrechtelijk preadvies 33

- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 35
- De heer F.M. Copini, panellid 35
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 35
- De heer mr. dr. J. P. de Jong, panellid 36
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 36
- De heer mr. dr. J. P. de Jong, panellid 36
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 37
- De heer mr. dr. J.P. de Jong, panellid 37
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 38
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur 38
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 38
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur 38
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider 39
- De heer mr. P.J. Hustinx 39

Inhoud

- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur	40
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	41
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur	41
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	41
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur	41
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	42
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	43
- Mevrouw mr. M. Haimé	43
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	44
- Mevrouw mr. M. Haimé	44
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	44
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur	44
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	45
- Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur	45
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	46
- De heer F.M. Copini, panellid	46
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	47
- De heer F.M. Copini, panellid	47
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	47
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	47
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	49
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	49
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	49
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	49
- De heer F.M. Copini, panellid	50
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	50
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	51
- De heer P.C. van Schelven	51
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	52
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	53
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt	53
- De heer mr. H. Hijmans	53
- Mevrouw prof. mr. J.E.J. Prins, preadviseur	54
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	54
<i>Tweede paneldiscussie over privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk preadvies</i>	55
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	56
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	56
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	56
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	56
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	57
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	57
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	57

- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	58
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	58
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	58
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	58
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	58
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	59
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	59
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	59
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	59
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	60
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	60
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	60
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	60
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	60
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	60
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	61
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	61
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	61
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	62
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	62
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	62
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	62
- De heer mr. W. Loof	62
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	63
- De heer mr. W. Loof	63
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	63
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	64
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	65
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	65
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	65
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	65
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	65
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	65
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	66
- De heer prof. mr. Tjong Tjin Tai, preadviseur	66
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	67
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	67
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	67
- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	68
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	68
- Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur	68
- De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid	69
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	69
- De heer mr. E.D.C. Neppelenbroek	69

Inhoud

- De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur	69
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	70
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	70
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	71
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	71
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	72
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	72
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	72
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	72
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	72
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	73
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	73
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	73
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	74
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	74
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	74
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	74
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	74
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	74
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	75
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	75
- De heer mr. Y. Buruma	75
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	76
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	76
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	76
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	76
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	76
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	77
- De heer mr. B.J. van Ettehoven	77
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	77
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	77
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	77
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	77
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	78
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	78
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	78
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	78
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	78
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	78
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	78
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	78
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	79
- De heer mr. dr. J.P. de Jong	79
- De heer mr. T. Avedissian	79

- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	80
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	80
- Mevrouw mr. M. Haimé	80
- Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid	81
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	81
- De heer mr. R. van Zutphen	81
- De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur	82
- Mevrouw mr. R. Berendsen	82
- De heer M.E. Chavannes, discussieleider	83

*Uitslag van de stemming over de vraagpunten en het overkoepelend
vraagpunt bij de preadviezen van:*

<i>mw. prof. mr. E.M.L. Moerel en mw. prof. mr. J.E.J. Prins</i>	85
<i>mw. prof. mr. M. Hildebrandt</i>	86
<i>dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai</i>	87
<i>dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en dhr. prof. mr. A.H.J. Schmidt</i>	88

**Bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereeniging
2015/2016**

Jaar van aftreden

Mevrouw prof. mr. T.N.B.M. Spronken	2016
De heer mr. T.C. Borman	2016
Mevrouw prof. mr. N.C. van Oostrom-Streep	2016
De heer mr. J. Hoekstra	2017
De heer prof. mr. M.J. Borgers	2017
Mevrouw prof. mr. L.M Coenraad	2017
De heer prof. mr. S.C.J.J. Kortmann	2018
Mevrouw mr. dr. J.E. Hoitink	2018
Mevrouw mr. A.L.J. van Strien	2018
De heer prof. dr. N.J. Schrijver	2019
De heer prof. mr. M.J. van Ginneken	2019
Mevrouw mr. dr. M.F.H. Hirsch Ballin	2019

De heer mr. A.W.M. Bijloos (*secretaris-penningmeester*)

Mevrouw mr. G.J. Brugman (*adjunct-secretaris*)

Secretariaat: Postbus 30457
2500 GL DEN HAAG
Telefoon: 070 - 376 06 44

Inleiding

Rede van mevrouw prof. mr. T.N.B.M. Spronken ter gelegenheid van de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging op 10 juni 2016

“DE MENSELIJKE MAAT”

Inleiding

Deze jaarvergadering staat in het teken van de Homo Digitalis. Wat is dat voor een mens? Dat hebben ook de preadviseurs zich afgevraagd. Is het een door digitale technologie gemuteerde Homo Sapiens? Ons virtuele alter ego? Een data-gedreven bestuurder of politieagent? Of de mens die zijn eigenheid moet zien te behouden in een wereld waarin de technologische mogelijkheden zich op een verbijsterende wijze ontwikkelen? En wat kan het recht hierin betekenen? Wie of wat moet het recht hierbij beschermen? We zullen hierover vandaag met elkaar van gedachten wisselen en de rijke en creatieve preadviezen die voor deze vergadering zijn geschreven bieden ongetwijfeld stof voor debat en bezinning.

Waar ik het vandaag met u over wil hebben is niet de digitale, maar de menselijke maat in de rechtspraak van alle dag. Met “de menselijke maat” is het net als met de Homo Digitalis. Het is een associatief begrip. Ook al is niet meteen duidelijk wat hiermee wordt bedoeld, kunnen de meesten zich hierbij wel iets voorstellen. In de architectuur speelt de menselijke maat een rol, niet alleen om gebouwen te ontwerpen en aan te passen aan de afmetingen van het menselijk lichaam – traptreden moeten loopbaar zijn – maar de maat heeft ook een emotionele betekenis. Bouwen volgens de menselijke maat betekent dat niet het gebouw centraal staat, maar de behoefte van de mens om zich daarin geborgen, vrij en goed te voelen, waarin de menselijke waardigheid behouden blijft en een mens optimaal kan functioneren. Een gebouw kan nog zo prachtig zijn, als de plafonds daarin zo laag zijn dat je je als mens in elkaar gedrukt voelt, of zo hoog dat je je nietig en verloren voelt, dan word je daar niet gelukkiger van. Ook in de organisatiekunde is de menselijke maat een belangrijke factor. Als deze wordt weggeorganiseerd door regelzucht, systeemdwang en massaliteit dan zijn de effecten: minder toewijding, minder verantwoorde-

lijkheid en cynisme.¹ Dit effect speelt momenteel ook in de organisatie van de rechtspraktijk, maar daar wil ik nu niet op ingaan. Het gaat mij om de rechtspraktijk zelf. Daarin staat de menselijke maat voor respect, luisteren, mededogen en empathie. En daarvoor moeten we elkaar in de ogen kunnen kijken. Het recht functioneert niet als het wordt bedreven zonder emotie, ook al heet het een product te zijn van de rede. Redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid zijn niet alleen juridische begrippen maar dragen ook emoties in zich.² En last but not least, de menselijke maat heeft ook te maken met de verwezenlijking van mensenrechten die zoals het EHRM steevast zegt *practical and effective* moeten zijn.

Wat het strafrecht aangaat heeft Pompe dat in 1951 mooi verwoord:

“Het strafrecht heeft niet slechts met de mens, die de misdadiger is, te maken maar ook met de mens die de strafrechter is. In zoverre de misdadiger een persona miserabilis is – en min of meer is hij het altijd – moet de strafrechter menselijk in de zin van barmhartig jegens hem zijn [...] Strafrechter en misdadiger zijn als mensen aan elkaar gebonden.”³

Movies that Matter

Voordat ik mijn verhaal aan de hand van een aantal actuele onderwerpen uitwerk, wil ik u meenemen naar het filmfestival “Movies that Matter”, dat jaarlijks in Den Haag plaatsvindt. Dit jaar werd ik gevraagd om de jury voor te zitten van de Camera Justitia Award die tijdens het filmfestival wordt uitgereikt. De prijs is bedoeld voor de beste film of documentaire op het gebied van het recht en de dilemma’s die zich daarin voordoen.

Het werd een ervaring die ik niet snel zal vergeten.

De jury was internationaal samengesteld en bestond uit de twee directeurs van het Sarajevo Filmfestival en de IDFA in Amsterdam, een documentairemaker die al twee jaar in de vluchtelingenkampen in Libanon aan het filmen is en een medewerker van het Internationale Strafhof. Gedurende twee dagen hebben we gezamenlijk non stop negen films die waren genomineerd voor de prijs bekeken. Daaronder the Deep Web⁴ (de donkere kant van het internet waar drugs en huurmoordenaars op bestelling verkrijgbaar

1. Zie bijvoorbeeld het rapport van de Nationale Ombudsman, De menselijke maat, Dienstverlening van zorgkantoren, Rapportnummer 2011/160, 17 juni 2011
2. Martha Nussbaum, Politieke emoties: waarom een rechtvaardige samenleving niet zonder liefde kan, Ambo 2014.
3. W.P.J. Pompe, De menselijkheid in het strafrecht, Annalen van het Thijmgenootschap, jrg. XXXIX, afl 2 Utrecht 1951, p. 103.
4. Verenigde Staten 2015, Alex Winter.

zijn), *Krigen*⁵ (over de dilemma's van een bevelhebber van een vredesmissie in Afghanistan), *The Prosecutor, the Defender, the Father and his Son*⁶ (over het proces tegen Kristic bij het Joegoslavië Tribunaal). Heel divers en stuk voor stuk indrukwekkend. We zaten als het ware afgesloten van de wereld in een soort bubbel en hebben tussen de films door intensief gediscussieerd over wat we te zien kregen, ieder vanuit zijn eigen referentiekader. Twee films maakten de meeste indruk.

De eerste was *Guantanamo's Child*⁷, een documentaire over Omar Kadr, van Canadese nationaliteit, die als kind door zijn ouders was meegenomen naar Afghanistan. In 2002 werd hij op 15-jarige leeftijd gevangen genomen door de Amerikanen en beschuldigd van deelname aan oorlogsmisdrijven gepleegd door Al Qaida. Hij zat tien jaar vast in Guantanamo Bay. In 2010 werd Kadr overgebracht naar Canada, nadat hij op advies van zijn advocaat schuld had bekend en was veroordeeld tot acht jaar gevangenisstraf. Uiteindelijk werd hij door de Canadese rechter in 2015 op borgtocht in vrijheid gesteld en op dit moment loopt nog een herzieningsprocedure. De documentaire is gebaseerd op exclusieve interviews met Omar Kadr gedurende zijn eerste dagen in vrijheid in Canada in het huis van zijn advocaat. En dat is wat de documentaire zo speciaal maakt. Wat we zien is een sympathieke, redelijke en vriendelijke man, die geen haat koestert en ongebroken lijkt na zo vele jaren te hebben verbleven in een gevangenis onder de slechtst denkbare en onmenselijke omstandigheden. De documentaire laat hem zijn verhaal vertellen, in zijn eigen zorgvuldig gekozen woorden en neemt ons mee met zijn reis als kind van een Canadese voorstad naar het woelige Afghanistan gedurende de oorlog met de Sovjets. Hoe hij door zijn vader op 14 jarige leeftijd als tolk wordt achtergelaten bij een gevechtseenheid van Al Qaida en vervolgens in Guantanamo Bay belandt.

Het verhaal van Omar Kadr raakt veel aspecten van waar wij als samenleving vandaag de dag mee te maken hebben: de politiek van de angst en de oorlog tegen terreur, hoe wij omgaan met jihadstrijders die terugkeren, de werkelijke betekenis van de *rule of law*, het verbod van foltering en het belang van procedurele waarborgen voor verdachten. Het stelt ons voor de vraag wat onze idealen waard zijn, vooral als het gevaarlijk wordt voor ons zelf en of we bereid zijn daarvoor offers te brengen. Een ontmoeting met iemand, die ondanks alle gruwelijkheden die hem in Guantanamo Bay zijn overkomen, toch menselijk is gebleven, zelfs vergevingsgezind, heeft een enorme impact.

5. Denemarken 2015, Tobias Lindholm.

6. Bulgarije, 2015, Iglia Triffonova.

7. *Guantanamo's Child: Omar Kadr*, 2015, Patrick Reed en Michelle Shephard.

In een van de scènes zien we de prijs die Omar Kadr nog steeds betaalt. Gedurende het interview kijkt hij het raam uit en ziet hij een politieauto parkeren bij het huis. Een klop op de deur veroorzaakt een blanke paniek in zijn ogen als hij uitroept “The cops are here!” Ja, de politie was er, maar alleen om hem welkom te heten in de buurt.

Soms leren verhalende beelden ons meer dan stelsels en voorschriften.⁸

De tweede film was weer heel anders. “Paulina”, een Argentijnse productie⁹, geen documentaire maar fictie, over een idealistische jonge advocate die zeer tegen de wil van haar vader, een invloedrijke rechter, haar goed betaalde baan opgeeft om in de jungle les te gaan geven in een armoedig dorpsschooltje. Ze wordt geconfronteerd met de naïviteit van haar eigen idealisme en de harde werkelijkheid van de armoede, de schamperheid van de pubers die ze les geeft en waar ze maar moeilijk contact mee kan krijgen. Op een nacht wordt ze slachtoffer van een verkrachting in het bijzijn van jongens die achteraf in haar klas blijken te zitten en raakt zwanger. Dan neemt de film een opmerkelijke wending. Na te zijn hersteld bij haar vader thuis, gaat ze terug naar het dorp, terug naar haar klas. Ze wil tot onbegrip van iedereen haar kind houden. Ze wijst haar verkrachter niet aan in een *line-up* en zoekt contact met hem om hem te confronteren met wat er met haar gebeurd is. Ze wil begrijpen waarom hij dat gedaan heeft.

Wat de film interessant maakt, is dat dezelfde gebeurtenissen steeds worden gefilmd vanuit het perspectief van een van de betrokkenen: de jongens op school, de diep bezorgde en woedende vader, de vrouwen in het dorp die zijn opgegroeid met seksueel geweld en de man die Paulina heeft verkracht en die besluit op haar verzoek om hem te ontmoeten in te gaan. Daardoor wordt inzichtelijk wat er is gebeurd en waarom, maar wordt ook invoelbaar dat voor sommige mensen, slachtoffers en daders, vergeving helender werkt dan vergelding en dat gerechtigheid veel gezichten kent.

Guantanamo’s Child heeft de Camera Justitia Award uiteindelijk gewonnen, maar dat lag vooral aan de mannen in de jury. Zij konden het zich niet goed voorstellen dat er vrouwen bestonden zoals Paulina.

En dan is het tijd om uit de bubbel te komen. Met deze beelden op de achtergrond wil ik het met u hebben over drie onderwerpen, weliswaar heel verschillend van aard, maar waarin naar mijn mening de menselijke maat

8. Zie voor inspirerende voorbeelden ook Hans Nieuwenhuis Kant & Co, Literatuur als spiegel van het recht, Balans, 2011 en Constantijn Kelk, De kunst als inspiratie voor de strafrechtsbeoefening, in Precaire Waarden, Liber Amicorum voor Prof. A.A.G. Peters, 1994, p. 43-60.

9. Paulina, juni 2015, Santiago Mitre.

van het recht in het geding is. Ze hebben gemeen dat ze op het gebied van het strafrecht liggen – dat ligt mij nu eenmaal het meest aan het hart – en ze hebben op een of andere manier een band met de films waarover ik u verteld heb. De thema's die ik wil aansnijden zijn de levenslange gevangenisstraf, de bijstand van een advocaat tijdens het politieverhoor en de initiatieven die op dit moment worden ontplooid om in het nieuwe wetboek van strafvordering dat nu in de maak is, een herstelrechtelijke paragraaf op te nemen als alternatieve afdoeningsmodaliteit van een strafbaar feit.

De levenslange gevangenisstraf

Wij hebben in Nederland geen Guantanamo Bay, gelukkig maar. Maar dat betekent niet dat zich niet ook in ons rechtssysteem varianten van onmenselijke behandeling voordoen. Op 26 april 2016 oordeelde de Grote Kamer van het EHRM dat Nederland in de Murray zaak art. 3 EVRM, het verbod van onmenselijke behandeling, heeft geschonden.¹⁰ Dat gebeurde vanwege onze levenslange gevangenisstraf, die anders dan menigeen vaak denkt, daadwerkelijk levenslang betekent, zonder vooruitzicht op invrijheidstelling. Oftewel “geen streepjes op de muur” zoals een Tilburgse rechtenstudente in haar afstudeerscriptie de uitzichtloosheid van de levenslange gevangenisstraf in Nederland omschreef.¹¹ De zaak heeft betrekking op een klacht van een man, Murray, die in 1980 werd veroordeeld voor moord op een zesjarig meisje, waarvoor hij een levenslange gevangenisstraf onderging in Curaçao en Aruba. Hij klaagde dat hij geen realistisch vooruitzicht had op vrijlating, ook al bevat het Antilliaanse strafrecht – anders dan het Nederlandse – sinds 2011 de mogelijkheid van herziening van een levenslange gevangenisstraf.¹² Die herzieningsmogelijkheid, zo stelde Murray, bood feitelijk geen perspectief op vrijlating omdat hij nooit een behandeling had gekregen voor zijn psychische problemen, waardoor het risico op recidive bleef bestaan. Een vicieuze cirkel die niet kon worden doorbroken. Hangende de klachtprocedure in Straatsburg overleed Murray op 26 november 2014. Hij had toen 35 jaar in gevangenschap doorgebracht. Zijn nabestaanden zetten de procedure voort. De kleine kamer van het EHRM achtte de klacht ongegrond. De Grote Kamer komt echter unaniem (!) tot

10. EHRM, Grote Kamer, 26 april 2016, Murray tegen Nederland, nr. 10511/10.

11. Leonie van der Grinten, Geen streepjes op de muur, Een onderzoek naar de wenselijkheid van de initiatieven van de RSJ en het Forum Levenslang met betrekking tot de bezwaren omtrent de levenslange gevangenisstraf, mei 2013, te lezen op <http://njb.nl/Uploads/2014/4/Masterscriptie-Leonie-van-der-Grinten-Geen-Streepjes-op-de-Muur.pdf>.

12. Sinds 15 november 2011 kent het Curaçaose Wetboek van strafrecht een bepaling die de veroordeelde tot levenslange gevangenisstraf voorwaardelijke invrijheidstelling in het vooruitzicht stelt nadat de vrijheidsbeneming op zijn minst 20 jaar heeft geduurd, mits naar het oordeel van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie verdere onvoorwaardelijke tenuitvoerlegging geen redelijk doel meer dient.

een schending van art. 3 EVRM omdat Murray's levenslange gevangenisstraf de facto niet "*reducible*" was. Ondanks dat bij het opleggen van zijn levenslange gevangenisstraf was vastgesteld dat hij behandeling voor zijn psychische problemen nodig had, kwam hij daarvoor tijdens de straf niet in aanmerking. Daarom zou elk verzoek tot gratie of herziening van Murray feitelijk niet tot vrijlating kunnen leiden.

Belangrijk zijn daarbij de algemene uitgangspunten die het EHRM formuleert. De oplegging van een levenslange gevangenisstraf is op zichzelf niet in strijd met art. 3 EVRM, maar de omstandigheid dat van meet af aan vast staat dat deze straf niet verminderd zal worden, maakt de tenuitvoerlegging onmenselijk. Er moet een voldoende concrete procedurele voorziening zijn die een vooruitzicht biedt op daadwerkelijke invrijheidstelling als de veroordeelde zich rehabiliteert. Dat mag geen formaliteit zijn: de veroordeelde moet van begin af aan weten wat hij moet doen om na verloop van tijd voor invrijheidsstelling in aanmerking te komen en daarvoor moeten ook faciliteiten worden geboden.

Helemaal als een verrassing komt de uitspraak van het EHRM niet. Eerdere zaken, zoals de Vinter-zaak¹³ wezen al in dezelfde richting.¹⁴ Wat opvalt is het verschil van benadering tussen het EHRM en de Hoge Raad. Een verschil dat met, wat ik dan de menselijk maat noem, te maken heeft. De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren een aantal keer geoordeeld dat de tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf gelet op de mogelijkheid van gratie niet in strijd komt met art. 3 EVRM.¹⁵ Daarbij hanteert hij een tamelijk afstandelijke formele benadering. Die is vooral gericht op de vraag of gratie kan worden beschouwd als een mogelijkheid voor een herziening die voldoende is om binnen het spoor te blijven van art. 3 EVRM. Daartegenover staat de uitspraak van het EHRM die is doordeesemd van overwegingen die vooral gaan over de vraag of een levenslange gevangenisstraf zonder uitzicht op vrijlating in strijd is met de menselijke waardigheid, de essentie van het verbod van onmenselijke behandeling. Het sterkst drukt de Straatsburgse rechter De Pinto zich uit in zijn concurring opinion bij de uitspraak:

13. Zie bijvoorbeeld EHRM 9 juli 2013, Vinter e.a. tegen Verenigd Koninkrijk nr. 66069/09, 130/10 en 3896/10; NJ 2016/135 m.nt. Keijzer; EHRM 20 mei 2014, Lázló Magyar tegen Hongarije, nr. 73593/10; EHRM 3 februari 2015, Hutchingson tegen Verenigd Koninkrijk, nr. 57592/08 (thans aanhanging bij de Grote Kamer); EHRM 15 september 2015, Kaytan tegen Turkije, nr. 27422/05.
14. Zie ook Wiene van Hattum, Levenslang 'post Vinter', NJB 2013/1775; Taru Spronken, De rest van je leven, NJB 2015/677.
15. Hoge Raad van 9 maart 1999, LJN ZD1464, NJ 1999, 435 HR 16 juni 2009, NJ 2009, 602 m.nt. Mevis; HR 22 februari 2011, NJ 2012, 608 m.nt. Keulen

“However heinous the crime committed, no prisoner deserves to be treated like forgotten “human waste”, [...] and that was what happened to Murray.”

Ik kan bij mijzelf de vraag niet onderdrukken wat de Hoge Raad, of misschien is het wel eerlijker om te zeggen, wat in onze rechtscultuur ons ervan weerhoudt in te gaan op de onderliggende ratio van het verbod op onmenselijke behandeling in relatie tot een levenslange gevangenisstraf? Vinden we werkelijk dat iemand hoe jong hij ook is of hoe berouwvol, nooit meer een kans mag krijgen vrij te komen? Is dat menselijk? Die vragen zouden we toch ook in de juridische argumentatie moeten betrekken?

Dat het ook anders kan blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland die in een geval van dubbele moord en een doodslag openlijk haar worsteling met de vraag of een levenslange gevangenisstraf zou moeten worden opgelegd in haar vonnis verwoordt en uiteindelijk niet tot een oplegging daarvan besloot omdat in Nederland de facto nauwelijks perspectief bestaat op verkorting. Een gegeven dat op gespannen voet staat met art. 3 EVRM.¹⁶

Inmiddels is AG Machielse in een zeer uitvoerige conclusie van 24 mei 2016¹⁷, mede naar aanleiding van de Murray zaak, tot het oordeel gekomen dat een stelsel als het onze, botst met artikel 3 EVRM. Ook een levenslang gestrafte moet zich kunnen rehabiliteren en die mogelijkheid moet niet alleen de jure bestaan maar ook de facto worden geboden. En dat laatste betekent, voeg ik eraan toe, dat er – ook tijdens de tenuitvoerlegging – steeds moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval en de persoon van de veroordeelde.

Een gelijksoortig fenomeen, en dan doel ik op afstandelijk redeneren, doet zich voor bij de toelating van de raadsman tot het politieverhoor. Nadat we in Nederland meer dan 50 jaar hebben gediscussieerd over de vraag of uit de artikelen 28 en 50 Sv kan worden afgeleid of de verdachte zich ook tijdens zijn verhoor kan laten bijstaan door een advocaat, dwingt de Straatsburgse jurisprudentie¹⁸ en inmiddels ook een EU richtlijn¹⁹ tot toelating van de advocaat bij het verhoor. Ook hier blijft de discussie in

16. Rechtbank Noord Nederland 24 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5389.

17. Conclusie AG Machielse ECLI:NL:PHR:2016:406.

18. Begonnen met EHRM, Grote Kamer, 27 november 2008, Salduz tegen Turkije, nr. 36391/02.

19. Richtlijn 2013/48/EU van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, Pb EU 2013 L 294 /I.

Nederland steken op het formele of juridisch-technische niveau. Nadat de Hoge Raad onlangs heeft bepaald dat met ingang van 1 maart 2016 advocaten tot het verhoor moeten worden toegelaten²⁰, is in afwachting van een wettelijke regeling de manoeuvreerruimte van de advocaat tijdens het verhoor zodanig beperkt dat de advocaten hierover een kort geding hebben aangespannen. Daarop heeft de voorzieningenrechter een prejudiciële vraag bij de civiele kamer van de Hoge Raad neergelegd om uitleg te krijgen wat de strafkamer in de Hoge Raad heeft bedoeld toen hij bepaalde dat de verdachte vanaf 1 maart 2016 bijstand tijdens zijn verhoor kan krijgen.²¹ Mag er worden geïntervenieerd in het verhoor? Heeft de advocaat een recht een time out te vragen om met zijn cliënt te overleggen? Mag hij tijdens het verhoor zijn cliënt adviseren géén antwoord te geven op een vraag? Mijn wedervraag is: hoe zou de advocaat dan anders rechtsbijstand kunnen verlenen? Wat de onderliggende ratio van de rechtsbijstand in deze fase van de vervolging is, is in onze rechtspraak nauwelijks terug te vinden, terwijl het EHRM daartoe in zijn jurisprudentie toch goede aanknopingspunten geeft: strafzaken worden steeds complexer; de proceshouding van de verdachte bij het politieverhoor is in veel zaken van doorslaggevende betekenis voor het vervolg van de zaak; zijn verklaringen kunnen voor het bewijs worden gebruikt. Dat, terwijl de verdachte zich op het politiebureau in een kwetsbare positie bevindt en gemakkelijk onder druk kan worden gezet om zich ongewild te belasten. Wil het recht op een eerlijk proces praktisch en effectief zijn, dan heeft de verdachte actieve bijstand van een advocaat broodnodig. Of zoals onze zuiderburen in België het uitdrukken: “de advocaat bij het politieverhoor is geen bloempot”.

Meer plaats voor herstelrecht in het strafrecht?

De film *Paulina* maakt het spanningsveld zichtbaar tussen enerzijds de behoeften van een slachtoffer en de dader om onderling in het reine te komen met een traumatische ervaring en anderzijds het publieke karakter van het strafrecht waarin vergelding en handhaving van de rechtsorde de bovenaan voeren. Dat antagonisme komt in de film terug: Paulina die vooral op zoek is naar een oplossing die haarzelf kan helen en de vader die alleen al razend wordt bij de gedachte dat de verkrachter van zijn dochter zijn straf zou ontlopen. Het zijn dilemma's die bij een herstelrechtelijke benadering van het strafrecht een rol spelen. Uit oogpunt van de menselijke maat biedt het herstelrecht een zinvol alternatief om wezenlijke intermenselijke conflicten te beslechten op een manier waar alle betrokkenen beter van worden. In oktober 2013 zijn vijf pilots gestart om te bekijken hoe dat werkt

20. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608; NJ 2016/52 m.nt. A.H. Klip.

21. Vonnis Rb Den Haag, 15 april 2016, rolnummer C/09/5065/76 ZA 16/281, de raadplegen via www.NVSA.nl.

als alternatief of onderdeel van het strafproces.²² Hoewel de resultaten aantonen dat mediation een toegevoegde waarde heeft, ziet de minister van Veiligheid en Justitie niet dat mediation in het strafrecht op grote schaal zou kunnen worden toegepast. Dat is teleurstellend en ik vraag mij af of hier een zekere angst voor roep om vergelding die bij het publiek wordt verondersteld, meespeelt. Inmiddels is er door herstelrechtelijk Nederland een denktank in het leven geroepen met het doel met een initiatiefwetsvoorstel te komen om de wetgever te bewegen een herstelrechtelijke procedure in de integrale modernisering van het Wetboek van Strafvordering op te nemen.²³ Een initiatief dat naar mijn mening serieuze aandacht verdient.

Uitleiding

Dan kom ik weer terug bij wat ons vandaag bezighoudt; de Homo Digitalis. In het kader van het moderniserings- en digitaliseringsprogramma KEI moet de rechtspraak het digitale tijdperk vooral aangrijpen om behalve sneller, ook begrijpelijker en toegankelijker te worden. Dat is de doelstelling van KEI en daar is op zichzelf niets mis mee. Daarbij hoort ook een ander soort rechter, althans dat is de stelling die onlangs in mei tijdens het congres Online Dispute Resolution is ingenomen.²⁴ Ik ben benieuwd hoe die er gaat uitzien, maar hoop van harte dat deze rechter de menselijke maat in al zijn facetten niet vergeet en de ruimte krijgt – of neemt! – deze in zijn besluitvorming te betrekken.

22. Zie M.S. Groenhuijsen, Herstelbemiddeling en mediation in het strafrecht. Een nieuw hoofdstuk, DD 2016/1 en J.A.A.C. Claessen en D.L.F. de Vocht, Een nieuw Wetboek van Strafvordering: een uitgelezen kans voor een aanzet tot een Wetboek van Herstelprocesrecht, NbSr 2015/227. Zie ook de internationale conferentie Restorative Justice, Human Rights & Personal Realities op 22 en 23 Juni 2016 in Leiden, <http://www.euforumrj.org/events/leiden/>.
23. Contourennota modernisering strafvordering 30 september 2015, Kamerstukken II 29279, nr. 278; Editorial van Paul Mevis, DD 2015/60.
24. Aldus Tanja Dompeling, betrokken bij KEI, op het 15e Annual Online Dispute Resolution 23 en 24 mei 2016, Den Haag, <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Bij-digitale-rechtspraak-hoort-ander-soort-rechter.aspx>

Opening statements preadviseurs

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel

Wij zagen als voorbeeld in het filmpje dat iemand werd onderzocht, omdat hij een verdacht uitgavenpatroon had. Die burger moet bewijzen dat hij niet fraudeert. Dat is een omkering van de bewijslast, zo noemen wij dat als juristen. Maar ook, stel dat ik in een buurt woon waar heel veel wordt gefraudeerd en ik daarom word onderzocht, dat is op zijn minst stigmatisatie. Is het discriminatie? Als ik zoveel stickers van de overheid of instanties opgeplakt krijg en al op die manier word benaderd, wat blijft er dan over van mijn autonomie en keuzevrijheid? Dit zijn dingen die nu al gebeuren. Wij hebben allemaal in de krant kunnen lezen over die rapper, Typhoon, die staande werd gehouden omdat hij donker was en een te grote witte auto had. Grapperhaus noemt dat in het FD discriminatie en dat is het ook. Dat gebeurt nu en wat wij gaan zien, is dat dit met de innovatie in het gegevensgebruik veel sterker gaat worden. Er worden heel veel gegevens verzameld, gecombineerd, geanalyseerd zoals door de bank, daarmee worden patronen zichtbaar en op basis van die patronen kun je correlaties vaststellen op basis waarvan je waarschijnlijk gedrag van mensen kunt identificeren. Je kunt daar voorspellingen op doen en op basis daarvan wordt beleid bepaald, worden diensten aangeboden door bedrijven om hun gedrag te sturen. Scoringscriteria worden leidend in de maatschappij en afhankelijk van in welk pulletje je valt, in welke bak je terecht komt, krijg je wel of niet een levensverzekering, moet je meer betalen voor je reisverzekering, enzovoorts. Naar die algoritmen waarmee dat berekend wordt, moeten wij echt even kijken. Die zijn een soort black box, het betreft patronen en correlaties zonder dat wij eigenlijk weten waarom die er zijn. Ze zijn ook zelflerend, ze veranderen, ze stellen zich bij, afhankelijk van hoe mensen daarop reageren. Als je erover nadenkt, worden ze bijvoorbeeld op mij toegepast, terwijl het een analyse is van het gedrag van anderen. Dat kan onjuist zijn. Er is bijvoorbeeld een correlatie, feitelijk vastgesteld, dat als mensen veel schades aan hun auto hebben, dat ze ook onzorgvuldig omgaan met hun gezondheid. Dat kan helemaal niet waar zijn voor mij, maar op die manier wordt er wel naar mij gekeken. Maar het kan ook griezelig juist zijn. Er is een voorbeeld van een Amerikaanse vrouw die bij de dokter kwam en een diagnose voor een hele specifieke zeldzame kanker kreeg. Een week later kreeg ze diensten aangeboden om haar te helpen in dit specifieke ziekte-

proces. Als een goede Amerikaanse ging zij achter de dokter aan, want die had dacht ze de gegevens verstrekt. En wat bleek? Het betreffende bedrijf had gewoon een hele goede *predictive analysis* gedaan op basis van de gegevens die zij van haar hadden. Dit leidt – en dat is een ander punt waar wij over na moeten denken – tot gebrek aan transparantie. Welke data worden over ons verwerkt? Wat is dan het algoritme waar dat op wordt gebaseerd? Ik denk dat het gewoon een feit is dat als je Google zou vragen om op enig moment vast te stellen of tegen mij te vertellen welk algoritme nu tot het specifieke zoekresultaat voor mij heeft geleid, ze dat niet kunnen en waarom dat resultaat net anders is als Corien dezelfde zoekopdracht invoert. Nou gaan die analyses ons fantastisch veel brengen. Het is interessant en maatschappelijk nuttig om te weten wat de eetpatronen van tegenwoordig kunnen betekenen voor ziektes als obesitas en wat dat gaat betekenen voor de houdbaarheid van onze gezondheidszorg. Maar de vraag is, hoe kunnen wij die waarde kapitaliseren terwijl ook de privacy wordt gewaarborgd en daarbij de andere fundamentele rechten die wij besproken hebben aan het begin? De inschatting van Corien en mij is dat het huidige regiem daar niet goed genoeg op inspeelt. Wij zien heel veel verwerkingen die in strijd zijn met de wet, waarin niet wordt gehandhaafd, terwijl burgers daar echt bezwaar tegen hebben. Aan de andere kant verbiedt de wet bepaalde verwerkingen, terwijl die wel maatschappelijke waarde hebben en de risico's niet zodanig zijn, dat wij denken dat dat gebruik ontoelaatbaar zou moeten zijn. Als wetgever heb je dan een aantal keuzes. Je kunt aan de voorkant en aan de achterkant reguleren. De voorkant doen wij nu. Voor elke verwerking moet een legitiem doel zijn, je mag alleen de gegevens verwerken die nuttig zijn voor dat doel, je mag het niet verder verwerken voor een ander doel, tenzij het met het eerste doel verenigbaar is. Daarbovenop moet er nog een grondslag zijn. Er is een specifiek regiem voor gevoelige gegevens. Dat is de inputkant. Een voorbeeld van output regulering is misleidende reclame. Reclame mag, maar als het misleidend is, is het verboden. Je hebt ook de tegenstelling: gaan wij op rechten reguleren of op pas op als mensen uiteindelijk schade hebben. Het Europese recht is echt op rechten gebaseerd. Ik heb als individu het recht op inzage, informatie, om toestemming te geven, dat mijn gegevens goed beveiligd worden. Een andere manier van reguleren is aan de achterkant, zoals in Amerika waar geen verplichting bestaat om data goed te beveiligen behalve in bepaalde sectoren, maar waar als een bedrijf bepaalde data kwijt is geraakt en mensen daardoor schade kunnen leiden, zij deze mensen moeten informeren en als ze schade leiden, deze moeten vergoeden. Dat is een andere benadering, de *harm based* benadering. Corien en ik denken dat wij zoveel verwerkingen krijgen en dat er zoveel data komt door de digitalisering, dat het alleen maar reguleren op input en op rechten niet de 'trick' gaat doen. Wij denken uiteindelijk dat in de toekomst er een verbod komt op het ongerechtvaardigd verwerken van persoonsgegevens, net als een

verbod op misleidende reclame. Wij denken alleen dat wij zo ver nog niet zijn en dat er een tussenstop nodig is. Die tussenstop is dat voor elke fase in de gegevensverwerking – verzamelen, gebruiken, verder gebruiken of vernietigen – de verantwoordelijke een toets moet doen en dat noemen wij de gerechtvaardigd belang-toets. Een contextuele belangenafweging, waar meer belangen moeten worden afgewogen dan enkel van de partijen die betrokken zijn, zoals het maatschappelijk belang. Een gemakkelijk bezwaar daartegen is, ja, dat is een open norm en die geeft geen handvat voor welke verwerkingen nou precies mogen. Wij denken alleen dat de verwerkingen zo divers worden, dat het lastig is om die wel allemaal in regels te vatten, net zoals het lastig is om alle vormen van reclame in regeltjes vast te leggen. Het is niet anders ook dan toen het verbod op misleidende reclame werd ingevoerd. Ik herinner mij dat in Europa dat verbod in een Europese richtlijn kwam en dat de discussie tussen de marketing en juridische afdeling ook tot verschillen leidde in wat dan misleidende reclame was. Dat ontwikkelt zich in rechtspraak, zelfregulering, opinies uit Europa. Het goede van een open norm is dat die dynamisch in tijd is en rechters in staat stelt de context mee te nemen. De slot vraag is, wat is de relevantie van ons voorstel? De verordening Gegevensbescherming is net vastgesteld. Die gaat op dezelfde manier voort zoals wij nu hebben. Het begrip doelbinding staat bovendien in het handvest en makkelijke kritiek op ons voorstel is, dan moeten we eerst het handvest veranderen. Wij denken echter dat de toets die wij voorstellen, alle criteria omvat, dus ook het criterium van doelbinding, gevoeligheid gegevens, en dat het bedrijven mogelijk maakt om met deze toets al die criteria te dekken.

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt

Ik wil even terug naar de twee filmpjes, ik ga het speciaal hebben over het eerste filmpje van de Belastingdienst en het derde filmpje, over de onschuldpresumptie. Ik wil er twee dingen over zeggen en het roept bij mij drie vragen op. Als je naar het eerste filmpje kijkt, dan denk ik, wij hebben een samenleving die inkomen herverdeelt, en bedrijven of personen die frauderen met de belastingen of sociale zekerheid ondermijnen ons sociaal contract. Het is een belangrijke taak van de belastingdienst om dat op te sporen en te adresseren. Ik wil vooropstellen dat wij het daarover hier en als gemeenschap allemaal eens zijn. Het tweede punt, als ik kijk naar die twee filmpjes, dan vraag ik me af wat het verschil is tussen de filmpjes. Wat valt mij op, wat is er anders? In het eerste filmpje lijkt alles duidelijk: wat Mariette of Wim heeft gedaan en zelfs dat er een huur van 1.200 euro is betaald. In het eerste filmpje is echter op geen enkele manier duidelijk hoe de Belastingdienst daarachter is gekomen. Ik zie allemaal blaadjes wapperen, er worden allerlei gegevens uitgewisseld, welke gegevens weten wij niet. Dankzij welke gegevens weet de Belastingdienst dat

Mariette bij Wim woont, dankzij welke gegevens, patronen of geïnferreerde gegevens? De Belastingdienst weet dat er 1.200 euro is betaald, maar hoe de dienst dat weet blijft onduidelijk. Als je naar het andere filmpje kijkt, dan weten wij niets over de persoon die daar optreedt. Heeft hij het wel of niet gedaan? Daar weten wij helemaal niets van. Die persoon is boos. Is hij boos omdat hij het heeft gedaan en gesnapt is? Is hij boos omdat hij ontzettend zijn best heeft gedaan om het juist in te vullen en goed aan te geven, maar het toch weer verkeerd heeft gedaan en gepakt is? Of is hij boos omdat hij helemaal niets fout heeft gedaan? Dat weten wij niet. Het eerste filmpje heeft een materieelrechtelijk perspectief, waarbij je zegt, als iemand dat en dat doet, dan zus en zo. Het tweede filmpje heeft een procesrechtelijk en strafvorderlijk perspectief. Dat roept bij mij drie vragen op. De eerste vraag is voor de hand liggend, is het proportioneel om al die gegevens – onduidelijk welke – al die patronen die daaruit worden gehaald te verwerken om een aantal fraudezaken op te lossen? Het feit dat je op basis van predictieve technologie zou kunnen voorspellen dat er waarschijnlijk 1.200 euro huur is betaald; is het proportioneel om dit soort zaken uit te zoeken in verhouding tot de opbrengst? Die opbrengst bestaat volgens het filmpje van de Belastingdienst uit 15.000 adresfraudegevallen. Mij is niet duidelijk of er 15.000 meer gevallen zijn opgelost, en zo ja, in verhouding tot welk totaal aantal. Wat is de totale fraude die via dit soort dingen wordt opgelost? Als je al die gegevens voor alle verschillende typen fraude bij elkaar optelt, wat voor precieze individuele profielen levert dat dan op? Wat voor generieke profielen levert dat op? Ik heb begrepen dat mensen met een bepaalde kleur van een bepaald type auto vaker frauderen dan andere mensen. Wat betekent dat? Staat al dat snuffelen in persoonsgegevens wel in verhouding staat tot de fraude die je ermee detecteert, dat is een proportionaliteitsvraag, een belangrijke vraag. Maar daar ligt nog een vraag voor. Als het waar is dat er zoveel gegevens bij elkaar moeten worden gelegd om hier serieus naar te kijken, dan kun je de vraag stellen die in het Handvest van de fundamentele rechten van de EU aan de orde is: is hier de essentie van bijvoorbeeld het recht op privacy aan de orde? Een voorvraag, een vraag die niet bij het Hof in Straatsburg aan de orde is. Ik denk dat wij wel behoorlijk dicht tegen aantasting van die essentie aan zitten, maar ik leg het maar even voor als vraag. Dan komen wij aan een ander punt waar mijn Preadvies over gaat. In hoeverre gaat het hier nu om de onschuldpresumptie? Als je naar dat filmpje kijkt, dan staat er dat iemand een brief krijgt van de Belastingdienst, waarin wordt gesuggereerd dat zij aanleiding hebben om te denken dat een strafbaar feit is gepleegd. Dat betekent dat er een verdenking is tegen een persoon, dat de onschuldpresumptie juridisch-technisch in werking treedt en dat alle bescherming die daaromheen zit, intreedt. Dus ik zou zeggen, zo'n groot probleem is dat eigenlijk niet. Mijn probleem, en dat probeer ik in het preadvies te beschrijven, is dat hele grote voorveld, waar computersystemen als het ware

voorsorteren op basis van heel veel data wie nader wordt geïnspecteerd, niet waarom, maar wie nader wordt geïnspecteerd. Ik denk dat in dat voorveld op dit moment de onschuldpresumptie juridisch-technisch in veel gevallen niet geldt. Maar als je even een stapje terug doet, betekent dat misschien dat wij opnieuw over de onschuldpresumptie moeten nadenken. Is die wel effectief, beschermt die wel wat wij willen beschermen: waar begint nu eigenlijk die strafvordering? Ik heb daar een preadvies over geschreven en ik zal daar straks verder op ingaan.

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Geen presentatie, maar aanhaken bij het filmpje. Eerst een korte inleiding. De laatste tijd zie je in de media veel geschreven over de bezitloze samenleving. Je ziet foto's van jongeren die met een laptop aan het strand zitten. Ze hebben alleen een laptop, maar daar zit natuurlijk alles op. Dat weten wij inmiddels ook wel. U heeft waarschijnlijk een groot deel van wat u aangaat, op uw laptop of smartphone zitten. Als het niet daarop zit, dan op *social networking* websites, of bij een cloud provider. Zo'n jongere aan het strand ziet er heel zen uit, die heeft afstand gedaan van al het stoffelijke. Voor hem is alles van waarde digitaal, maar al het digitale is ook weerloos. Want wat kan er gebeuren? De computer crasht, de website is niet bereikbaar, het account is gewist. Dan ontstaan er problemen. Op zo'n moment blijkt dat zo iemand aan het strand niet onthecht is in de klassieke zin, maar is gehecht aan het digitale. Probeer maar eens een puber mee te krijgen op een vakantieadres waar geen wifi is. Internettoegang is een mensenrecht. Data is belangrijk, en iets wat waarde heeft, wil je beschermen. Je wilt juridische bescherming hebben, maar daar komt ook bij, helaas, dat het fiscaal relevant wordt. Linksom of rechtsom, het een kan niet zonder het ander.

Dat zie je in het filmpje. Je bedenkt: moet ik digitale dingen aangeven? Op zichzelf is data mogelijk relevant. Het is van waarde, en wat van waarde is, is ook fiscaal relevant. Daarom heb je waarborgen dat er niet zomaar beslag op kan worden gelegd. Het een gaat gelijk op met het ander. Het concrete voorbeeld van het filmpje, daar kan ik u wel over geruststellen: de fiscus zit er natuurlijk ook niet op te wachten dat je een lijst met bestanden gaat opgeven die nauwelijks waarde hebben. Een cd-verzameling, platenverzameling, bibliotheek hoeft je op dit moment praktisch niet aan te geven, tenzij het een disproportionele omvang heeft, en zelfs dan denk ik dat men daar niet op zit te wachten. Wat betreft beslag op jouw data: het aardige van data natuurlijk is dat je daar beslag op kunt leggen, een kopie van trekken, terwijl de beslagene de data nog steeds kan blijven gebruiken en er dus geen last van heeft. De data wordt alleen weggehaald als het om verhaalsbeslag gaat, maar dat is ook met zaken het geval. Dan is er natuurlijk heel wat aan de hand als de fiscus verhaalsbeslag gaat leggen. Die risico's

zijn er wel, maar daar heb je in de praktijk geen last van, zodat het inderdaad past bij een moderne samenleving dat de waarde van het digitale wordt erkend.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne

“Voor burgers moet het mogelijk blijven om ook niet digitaal met de overheid te communiceren.” Dat zei de Nationale Ombudsman, Reinier van Zutphen op 10 januari in het televisieprogramma Nieuwsuur. Hij zag dat allerlei groepen en vooral ouderen moeite hebben met digitalisering. Wij moeten – was zijn boodschap – alleen al daarom niet zonder meer vertrouwen op digitalisering. In hetzelfde televisieprogramma wees de ombudsman ook op een andere, veel bredere ontwikkeling, die van de dubbele boodschap, of zo u wilt, dubbele moraal van de overheid. Aan de ene kant maakt de overheid graag gebruik van digitalisering om terug te treden om de burger het vertrouwen te geven dat de burger alles zelf kan regelen. Aan de andere kant wantrouwt de overheid die burger en zet zijn digitalisering in om de burgers te controleren en op het rechte pad te houden. In het filmpje zagen wij daar voorbeelden van.

De door de ombudsman opgemerkte ontwikkelingen worden herkenbaar geïllustreerd in de filmpjes en sluiten – niet toevallig – aan bij de bevindingen van ons preadvies. Wij – Schmidt en ik – hebben ons verdiept in de positie van de mens, de homo digitalis, die een weg moet vinden in de digitale wereld en die zich moet zien te handhaven tegenover een gedigitaliseerde overheid. Wij hebben uitgaande van een Kamerbrief van de verantwoordelijke bewindspersoon van drie jaar geleden waarin hij zijn digitaliseringsambities uiteenzette, verkend wat er mis kan gaan als de overheid deze ambities gaat realiseren. Het komt ons voor dat de oplossing van veel van de door ons en anderen opgemerkte problemen ligt in het waarborgen van evenwichtige informatieverhoudingen tussen overheden en burgers.

Wij moeten daarbij toegeven dat wij in ons preadvies waar het gaat om deze evenwichtige informatieverhoudingen, er niet in zijn geslaagd dan dit anders dan in betrekkelijk abstracte termen aan te duiden. Er is – zo zeggen wij een paar keer – sprake van een evenwichtige ontwikkeling van de informatieverhoudingen als die zich voltrekt op een wijze die past binnen de grenzen die worden gesteld door grondrechten en beginselen van behoorlijk bestuur. Dat is wat wij zeggen en ik zie u denken, dat kan wel iets concreter. Wij denken dat die vaagheid niet bezwaarlijk is. De evenwichtigheid of onevenwichtigheid van informatieverhoudingen laat zich vaak lastig in concrete termijn definiëren, maar wordt meteen begrepen als die zich voordoet. Ook dat zagen wij in de filmpjes. Het is als privacy, het privacybegrip. Het kost ons grote moeite om het begrip privacy goed te definiëren, maar als er inbreuk op wordt gemaakt, dan weten wij dat meteen. Dan voelen wij dat, dat hoeft niemand ons uit te leggen. Waar het ons

in ons preadvies om gaat, is dat wetgevers en de overheid bij de besluitvorming over de wijze waarop de digitalisering wordt ingezet, nadrukkelijk ook betekenis eraan toekennen dat de burger als homo digitalis niet met een onmogelijke bewijslast wordt opgezadeld, bijvoorbeeld als onbevoegd gebruik wordt gemaakt van DigiD of als uit de analyse van betaalgegevens wordt geconcludeerd dat hij een fraudeur is. Dat is wat wij onder andere bedoelen met het waarborgen van evenwichtige informatieverhoudingen. Met dat doel hebben wij aan het eind van ons preadvies en eerlijk gezegd ook aan het eind van ons Latijn, twee uitgangspunten als beginselen gesuggereerd, die wij gemakshalve maar in het Frans hebben aangeduid als het verbod op détournement de pouvoir digitale en het beginsel van équilibre de relation digitale.

Het eerste, het verbod op digitale détournement de pouvoir, vertoont gelijkenis met het doelbindingsbeginsel dat wij kennen uit het privacy- en gegevensbeschermingsrecht, artikel 9 van de Wet bescherming persoonsgegevens. Het komt erop neer dat informatie verkregen in het kader van de ene publiekrechtelijke taak alleen wordt gebruikt voor andere publiekrechtelijke taken als er aantoonbaar is voorzien in passende waarborgen en effectieve mogelijkheden van verantwoording over hoe die informatie is gebruikt.

Het tweede door ons gesuggereerde uitgangspunt sluit aan bij het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en verlangt dat in het geval de overheid het besluit neemt om over te gaan tot digitalisering, de mogelijk nadelige gevolgen daarvan niet onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. Besparingsambities als zodanig zijn misschien niet genoeg. Wij denken dat er zo iets kan worden gedaan aan de problemen die uit ons eerste vraagpunt naar voren komen, namelijk dat er in de wetgeving en het beleid over digitalisering te weinig rekening wordt gehouden met belangen van burgers. Voor ons speelt daarbij mee dat, gelet op de wetgeving die nu wordt voorbereid zoals de kaderwet gegevensuitwisseling, wij meer vertrouwen in de rechter hebben dan in de wetgever en daarover gaat ons tweede vraagpunt.

Inleiding preadviseurs

Mevrouw prof. mr. J.E.J. Prins

Lokke Moerel en ik hebben de buit als het ware verdeeld. Lokke heeft de aftrap gedaan en ik mag de nadere toelichting geven. Lokke participeert vanmiddag in de discussie. Ons preadvies stelt privacyregulering centraal en wij hebben ons met name gericht op de private sector, in de zin van gegevensverwerking binnen de private sector, alhoewel wij ook beseffen dat de scheidslijn tussen enerzijds de publieke en anderzijds de private sector niet scherp is en over en weer – u zag het reeds in het filmpje – gegevens worden uitgewisseld. Kortom, datgene wat er met gegevensanalyse en gegevensverwerking in de private sector gebeurt, kan uiteindelijk ook bij de overheid terecht komen. Dat stelt het bedrijfsleven ook voor dilemma's. Onze insteek is daarbij om te kijken naar moderne vormen van gegevensverwerking. Wij hebben ons in het preadvies geconcentreerd op big data en Internet of Things en Lokke heeft u daarvan al een korte voorzet gegeven. Wat maakt die vormen van gegevensverwerking nu anders dan wat wij noemen de klassieke wijze waarop gegevens worden verwerkt? Een van de aspecten daarbij – en in ons preadvies spreken wij over een black box – is dat gegevens bij elkaar worden gezet, dat bedrijven op voorhand niet weten wat zij daarmee beogen – en daarmee kom ik straks op het aspect van doelbinding. Kortom, heel veel gegevens worden bij elkaar gebracht, daar laat men wat software op los die slimme analyses uitvoert. Deze software is zelflerend en ziet bepaalde patronen, correleert de informatie, haalt daar nieuwe kennis uit en op basis van die kennis beslissen bedrijven wat voor type dienstverlening ze zouden kunnen gaan leveren. Wij starten ons preadvies met een voorbeeld, dat ons voor een dilemma stelt, namelijk gegevensanalyse binnen de gezondheidszorg. Een App die het mogelijk maakt om inzichten te verwerven in gegevenspatronen en op basis daarvan aan advisering te doen over gezondheid en ziekte. Kortom, het doel van deze App is het bij elkaar brengen, slim analyseren van gegevens en daar patronen uithalen en vervolgens daar het een en ander mee gaan doen met het oog op advisering over gezondheid en ziekte. Die advisering over gezondheid en ziekte is het doel dat voor de gegevensverwerking wordt geformuleerd. Dat doel kan uiteindelijk uitmonden in verschillende diensten en op de eerste pagina van ons preadvies maken wij onderscheid tussen de dienst waar u misschien de kriebels van krijgt in de zin van een App die u advi-

seert of u volgende week griep krijgt, dan wel of de persoon waar u naast zit, misschien volgende week die griep heeft en dat u vooral op een andere plaats in deze zaal moet gaan zitten. Maar ook schetsen we een applicatie die de Wereldgezondheidszorg (de WHO) fascinerende mogelijkheden biedt om grote complexe vraagstukken, uitdagingen en risico's op het terrein van gezondheid in onze samenleving aan te gaan. Kortom, de belangen bij die applicatie kunnen heel verschillend zijn. De vraag die wij aan het begin van ons preadvies stellen, is: gaat het u nu om het doel waarvoor die gegevens worden verzameld of het belang dat ermee is gediend. Het maakt nogal wat uit of een bedrijf een commercieel belang bij die gegevensverwerking heeft en bijvoorbeeld middels die app en die fantastische applicatie over de griepwaarschuwing flink veel geld verdiend, dan wel dat wij de wereldgezondheidszorg proberen een stapje verder te brengen. Dat bracht ons op de centrale insteek van ons preadvies: werken de huidige uitgangspunten van het wettelijk stelsel voor gegevensbescherming nog wel? Ons preadvies is gestoeld op vijf pijlers en ik neem de vijf met u door. Allereerst een van de echt centrale pijlers, wij menen dat doelbinding niet langer een kerntoets moet zijn voor het beantwoorden van de vraag of al dan niet sprake is van een wettelijk gelegitimeerde gegevensverwerking. Gerechvaardigd belang is voor ons het ijkpunt. Bij de klassieke vormen van gegevensverwerking waren gegevens een bijproduct van een dienst die werd geleverd. Bijvoorbeeld, u boekt een reis. De dienst die wordt geleverd is primair de reis. Het reisbureau verzamelde de gegevens met het oog op het afhandelen en faciliteren van die reis. Aan de hand daarvan werd steeds de vraag gesteld: mogen bepaalde gegevens voor dat specifieke doel worden verzameld, verwerkt en verder verstrekt? Gegevens over gezondheid, bijvoorbeeld, zijn in algemene zin helemaal niet relevant voor het boeken van een reis naar Ibiza. Dat geldt ook voor gegevens over levensovertuiging. Tegenwoordig met big data worden heel veel gegevens bij elkaar gezet, vindt men correlaties en op basis daarvan stelt een bedrijf vast: dat is een interessante dienst. Daar kunnen wij iets mee. En dat betekent dat het formuleren van het doel van de gegevensverwerking in feite gelijk loopt met het oogmerk van deze verwerking. Daarmee is het criterium doel (doelbinding) onvoldoende grenstellend voor de legitimatie van een gegevensverwerking. Ik kom daar straks op terug. De tweede pijler van ons betoog is dat wij het gevoel hebben dat u en ik steeds machtelozer worden als het gaat over wat er met onze gegevens gebeurt. Ik durf er bijna op te wedden dat 100% van de aanwezigen in deze zaal geen idee heeft welke gegevens er vandaag zoal over u en mij worden verwerkt. Gegevens die vervolgens bij elkaar worden gebracht door verschillende instanties op basis waarvan analyses worden uitgevoerd en vervolgens worden doorverstrekt. Natuurlijk heeft u allerlei privacy policies gelezen en aan het einde van de lange lijst privacy policies denkt u, oké, ik weet ongeveer wel wat er gebeurt. Maar toch hebben we allemaal het gevoel dat wij eigenlijk

machteloos staan. Cookies zijn wat dat betreft een illustratief voorbeeld. U komt op een website, u wilt daar informatie vinden, maar voordat u deze informatie kunt zoeken en vinden, moet u eerst cookies accepteren. Als u die niet accepteert, dan kunt u verder niets. Kortom, die machteloosheid is illustratief bij cookies, maar die treffen wij overal aan, terwijl tegelijkertijd verwerkers van onze gegevens – de Belastingdienst als illustratief voorbeeld vanmorgen – steeds meer over ons weten. Kortom, wij worden steeds zichtbaarder behalve voor onszelf. Dan gaat het niet alleen over de data die onderling worden verstrekt, maar met name ook bij big data en Internet of Things over nieuwe kennis die op basis van die data wordt gegenereerd. Het antwoord van de nieuwe EU Verordening, die over twee jaar feitelijk in werking treedt, op deze machteloosheid is: wij moeten u en mij vooral van meer informatiemogelijkheden voorzien. Kortom, controle, informatieplicht, et cetera moeten worden versterkt. Individuals should have control over their own personal data. Ons standpunt is: is dat wel de juiste insteek? Moet of kan het nog zo zijn dat van ons burgers en consumenten moet worden verwacht dat wij opkomen voor onze privacy? Is betere privacybescherming te realiseren door ons meer controle en informatie te geven? De overtuiging van Lokke en mij is dat deze insteek niet langer werkt. Een derde pijler onder ons preadvies: maak niet langer onderscheid tussen al dan niet gevoelige gegevens. De huidige wetgeving en ook in de EU Verordening maakt onderscheid tussen twee categorieën gegevens: de reguliere, normale huis,- tuin- en keukengegevens en de bijzondere gegevens. Ons standpunt is dat op voorhand en zeker met big data en slimme analyse niet langer is vast te stellen wat wel of niet gevoelig is en wat aldus een gevoelig gegeven is. Dat hangt van de context af en van de toepassing. Kortom, het onderscheid tussen wel of niet gevoelige gegevens zullen wij moeten verlaten, want dat hangt af van de context en die moet een onderdeel worden van de gerechtvaardigd belangtoets die wij voorstaan. En de laatste pijler onder ons preadvies betreft de enorme complexiteit van wetgeving. Een van mijn mede preadviseurs, werkzaam in de advocatuur, vertelde gisteren dat men op het kantoor bezig is om de nieuwe EU Verordening met elkaar door te nemen. Zij zijn er al enige tijd mee bezig en ze zijn pas bij artikel 8. Dat zijn slimme advocaten. Maar wat moeten en mogen wij dan verwachten van onze mkb'ers? Serieus, dit is wetgeving die vanaf het begin uitermate complex is geweest. Onder voorzitterschap van preadviseur Gerrit-Jan Zwenne is in het verleden een evaluatie van de Wbp uitgevoerd. Een van de leidende conclusies was dat er sprake is van een handhavingstekort en dat heeft alles te maken met de gigantische complexiteit van deze wetgeving. Dus voor ons een insteek om ook te zoeken naar minder complexiteit, naar eenvoud, vanuit de overtuiging dat we op meerdere manieren naar de rol van het recht kunnen kijken. In het nadenken over hoe het anders kan hebben we twee visies als uitgangspunt genomen. Allereerst, responsieve wetgeving. Wetgeving die aansluit bij prak-

tijden die wij in het dagelijks doen en laten met gegevensverwerking waarnemen. Proberen de wetgeving in de realiteit van alledag zoveel mogelijk handen en voeten te geven vanuit de overtuiging dat het ook de legitimiteit en effectiviteit ten goede komt. Ten tweede, de capability approach van Sen, Nobelprijswinnaar. De overtuiging dat zeker met big data het gegevensgebruik ons leven steeds meer beïnvloedt, onze vrijheid beïnvloedt en de wijze waarop wij ons kunnen verhouden tot elkaar en tot de samenleving. De wetgever heeft de opdracht om zich daarop te richten en burgers de instrumenten te geven waarmee ze hun recht ook daadwerkelijk waar te maken. Kortom, hen daartoe in staat te stellen. En niet alleen aan burgers en consumenten, maar ook het bedrijfsleven. Met andere woorden, het bedrijfsleven in staat te stellen de wet daadwerkelijk in de dagelijkse realiteit tot z'n recht te laten komen. Dit alles om ervoor te zorgen dat wij de vrijheid waar privacy voor staat ook in de toekomst nog kunnen benutten en dat die gegarandeerd blijft. We stellen vast dat de wetgeving momenteel eigenlijk niet meer is dan mechanisch proceduralisme. Klikken op de OK-button op een website en aldus toestemming geven, biedt u en mij geen daadwerkelijke controle. Wij hebben eigenlijk geen ruimte om echte geïntegreerde keuzes te maken ten aanzien van gegevensverbruik en daarmee over onze positie in deze samenleving. De toezichthouder probeert met alle macht tegenwicht te geven, maar is onderbestaft, wordt geen recht gedaan en kan geen equal partner zijn ten opzichte van de zoveel spelers die zich op dit terrein begeven. Dan heb ik het nog niet over de grote mondiale spelers en daarmee over de toezichthouder op Europees niveau. Dat betekent dat we ook naar andere toezicht- en handhavingsarrangementen moeten. Ik zal daar nu niets over kunnen zeggen – ik heb slechts twaalf minuten – maar aan het einde van ons preadvies in hoofdstuk 5 doen wij ook een aantal voorstellen voor andere vormen van handhaving, waarbij class actions en veel meer verantwoordelijkheid leggen bij de verwerkers wat ons betreft aan de orde zijn. Onze centrale conclusie: gegevensbescherming is op dit moment onvoldoende grensstellend. Vanuit deze constatering hebben wij vervolgens een voorstel gebouwd en dat behelst als cruciale keuze: doelbinding afschaffen en in plaats daarvan de gerechtvaardigd belangtoets introduceren voor het vaststellen van de legitimiteit van een gegevensverwerking. Ik weet dat het een onderwerp is waar veel discussie over zal zijn, maar het formuleren van het doel wordt inmiddels zo algemeen en op zo'n abstract niveau gedaan dat wat ons betreft, de veel meer normatieve afweging die vanuit een gerechtvaardigd belangtoets gemaakt moet worden daar wel in tegenstelling tot doel- grensstellend zou kunnen zijn. Wij stellen eveneens voor om het regiem voor bijzondere gegevens af te schaffen. Op deze twee voorstellen zijn onze vraagpunten gericht. Belangrijk is wel u te realiseren dat ons voorstel wat betreft het afschaffen van doelbinding zich richt op de private sector. Wij snappen en beseffen dat het voor de publieke sector deels anders is. De nieuwe toets voor de

private sector zal moeten zijn: is er een belang bij de gegevensverwerking en is dat belang gerechtvaardigd? Het denken over gerechtvaardigd, is niet alleen een gerechtvaardigd belang vanuit de verwerker, het bedrijf zelf, maar ook vanuit de samenleving, want zoals wij met ons voorbeeld op pagina 1 van het preadvies laten zien, er zijn bepaalde vormen van gegevensverwerking die van groot maatschappelijk belang kunnen zijn, en die wat ons betreft dan ook gewoon moeten kunnen. Cruciaal is bij deze toets een werkelijke discussie langs de lijnen van gerechtvaardigd belang, niet alleen op het individuele niveau van verwerkers, maar ook vanuit het bredere perspectief van onze samenleving. In het verlengde van deze centrale toets speelt dan nog een aantal factoren een rol die momenteel alle eigenstandig getoetst moeten worden. Het zijn allemaal losse toetsen die al die verwerkers iedere keer weer moeten doorlopen. De losse toetsen maken wij tot onderdeel van onze gerechtvaardigd belang-toets en daarmee hopen wij een bijdrage te leveren aan wat minder complexiteit. Wij sluiten ons preadvies af met een mooi citaat dat wij vonden van Arnold Grünberg: het recht op onwetendheid. Wij hebben daar onze eigen formulering aan gegeven en hem daar geciteerd: “Een fatsoenlijke samenleving geeft zijn burgers de mogelijkheid om onwetend te zijn zonder dat die onwetendheid als resultaat heeft dat zij niet langer in staat zijn eigen levenskeuzes en levensstijlen vorm en inhoud te geven.” Hier heeft de privacywetgeving, gegevensbescherming een rol te spelen. Terug, afrondend, naar het voorbeeld van de gezondheidsapp. Ons voorstel betekent dat sommige vormen van gegevensverwerking die op dit moment plaatsvinden omdat dat mag niet langer zullen kunnen. Andere vormen waar nu moeilijk over wordt gedaan, zullen, redenerend vanuit gerechtvaardigd belang en het bredere belang van de samenleving, juist wel kunnen. De toets om tot een toekomstbestendige beoordeling van gegevensverwerking te komen zal het gerechtvaardigd belang bij een verwerking en niet het doel daarvan moeten zijn.

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt

Mijn preadvies gaat eigenlijk niet over data, maar over de computersystemen die data gebruiken. Om de gedachten te bepalen spreek ik in het preadvies voortdurend over ‘agents’. Ik gebruik daarvoor een Engels woord en de redenen daarvoor staan in het preadvies. Ik wil af van de nadruk op data en ik hoop dat ik u ervan kan overtuigen dat het belangrijk is om niet uitsluitend naar data te kijken. Dat heeft onder andere te maken met het feit dat wat je ziet bij overheden en bij commerciële partners, ondernemers, die met heel veel data werken, is dat als je nu maar meer data bij elkaar legt – dat heet dan al snel big data – dat dan alle problemen in de wereld worden opgelost. Dat is een soort pseudoreligieus mantra aan het worden. Als je kijkt vanuit de computerwetenschappen – dat onderdeel heet tegenwoordig data science – dan kun je daar allerlei vraagtekens bij zetten, want zo sim-

pel is het zeker niet. Dat betekent dat het in heel veel gevallen verstandig is om niet met big, maar met ‘small data’ te werken. Dat is ook een begrip uit de computerwetenschappen. Je moet alleen wel weten welke ‘small data’. Het is dus niet zo simpel dat je als overheid allerlei bestanden tegen elkaar gaat uitdraaien om te ontdekken wie er allemaal frauderen. Laatst hoorde ik iemand zeggen dat 85% van de ICT-projecten bij de overheid mislukt. In een rapport van twee jaar geleden lezen we dat er tussen 1 en de 5 miljard euro per jaar naar projecten gaat die niet lukken! Dat is heel ernstig, overheidsgeld moet efficiënt en effectief worden besteed, maar wat ik nog veel erger vind, is dat daarmee de aandacht van de overheid weggaat van de werkelijkheid naar datasets, naar ICT-projecten. Daar wordt in getuurd, en wat wij nodig hebben – en daarom ben ik heel blij met de rede van de voorzitter – is terug te gaan naar de menselijke maat. De aandacht hoort uiteindelijk bij de burger te liggen en niet bij de systemen. Dat betekent overigens niet dat ik tegen die systemen zou zijn. Ik heb een leerstoel bij de computerwetenschappers, ik vind dat daar fantastische mogelijkheden in zitten, maar om die mogelijkheden serieus vorm te geven, moeten wij echt als juristen, juist als juristen, in die systemen gaan kijken: hoe ze ontworpen zijn, hoe zaken worden voorgesorteerd door hun ontwerp, wat voor default instellingen ze hebben. In hoeverre maken die systemen het mogelijk dat de overheid iets doet wat niet mag? Soms is dat nodig, eigenlijk is het altijd nodig dat de systemen van alles kunnen – met het oog op de toekomst, als de omstandigheden veranderen – wat nu misschien niet mag. In hoeverre kunnen wij dat zien in die systemen? Nog een voorbeeld in ditzelfde kader. Het gaat om een rapport van MI5, een van de Engelse inlichtingendiensten, dat onlangs is uitgelekt (Snowden). Een rapport van 2010 waarin MI5 aan de regering schrijft: wij hebben nu zoveel data dat wij daar niet alleen geen patronen uit kunnen halen en niet meer kunnen zien in hoeverre die data kloppen, maar wij kunnen niet eens meer terugvinden wat wij erin hebben gestopt. Op 22 maart was ik zelf in Brussel tijdens de aanslagen, die avond werd Binney – oud-topman van de NSA, een whistleblower, maar een keurige die niet in Rusland zit – geïnterviewd. De journalist zei: nu is toch duidelijk, zelfs voor u, dat wij in Europa niet genoeg gegevens hebben. Zijn antwoord was: hoezo? Al deze mensen stonden op allerlei lijsten, maar er zijn zoveel lijsten, het is onduidelijk wat wij daarmee moeten en de lijsten zijn zo groot, daar zitten honderdduizend mensen in. Als wij dat allemaal na moeten trekken... Het punt dat ik probeer te maken: big data lost niet automatisch alle problemen op.

Nu die ondergrond is gelegd, wil ik het kort hebben over homo digitalis, wat is dat? Wat doen de computersystemen en waarom zijn die deels het probleem? En dan, wat doe ik daarmee in de vraagpunten? Bij homo digitalis ligt in de Preadviezen veel nadruk op data, maar het gaat om veel meer dan data. Het gaat over ICT-systemen, wat doen die systemen? Die verwerken overigens niet alleen persoonsgegevens, maar ook allerlei an-

dere interessante gegevens waarmee wordt genetwerkt en verrijkt, zoals dat heet. Dat levert op dit moment al een tijdje twee problemen op. Het evidente probleem waar ik net vijf minuten over heb gepraat is dat van ‘data obesitas’, maar daarnaast is er ook het probleem van ‘patroon obesitas’. Als je zo maar een stel algoritmen door grote datasets gooit, dan komt daar wel een patroon uit. Of dat patroon iets betekent – niet over de dataset, maar over de werkelijkheid – kun je niet zomaar bekijken. Nogmaals, als je het vanuit computerwetenschappelijk perspectief bekijkt, zit je heel snel met patroonobesitas en dan zitten dus de Belastingdienst, inlichtingendiensten, politie en justitie met al die patronen, in hoeverre kloppen ze nou, is er weerwoord? Dat laatste is een rechtsstatelijk idee. Is het zo dat als je computerwetenschappers in zo’n dataset patronen laat zoeken, dat je dan ook aan andere experts vraagt om in diezelfde set te kijken met andere formules – dit gaat over doorzoeken met wiskundige formules – die misschien tot heel andere patronen komen? Dan begint het spel pas.

Wat betekent dat nu voor het strafrecht? In alle onderdelen van de strafrechtketen worden de mogelijkheden voor politie en justitie om in te grijpen – en ik formuleer het opzettelijk erg breed – in toenemende mate voorgesorteerd, bepaald, door data gestuurde systemen. Dat betekent dat wij in die systemen moeten kijken hoe ze werken, want die zijn bepalend voor wat politie en justitie kunnen. Dat heeft te maken aan de ene kant met materieelrechtelijke implicaties en aan de andere kant met formeelrechtelijke implicaties. Ik zag dat er toevallig deze week een artikel in de Groene Amsterdammer stond over het idee dat politie en justitie ertoe neigen om ‘predictive policing’ te doen, dus uit allerlei gegevens afleiden wanneer wie tot strafbare feiten gaat komen. Ik weet niet of de sciencefictionachtige benadering in dat artikel helemaal klopt. Ik denk dat als je dichtbij de grond blijft en kijkt wat er nu gebeurt, dat het probleem dan is dat op het moment dat je kunt zien dat bepaalde biometrische of locatie gegevens, surfgedrag, sociale media gedrag en andere datapunten correleren met gewelddadig gedrag, met kinderporno, pedofilie, fraude in sociale zekerheid en belastingen – dat dan de behoefte op gaat komen (denk aan slachtoffers, denk aan de maatschappij als slachtoffer) om daarop vooruit te lopen. Ik gebruik in het Preadvies het woord ‘punitieve maatregel’ wanneer het gedrag inderdaad matcht en naar aanleiding daarvan maatregelen worden genomen. Het is een beetje een rare term, want wij gaan ervan uit dat een maatregel vanuit de strafrechtelijke dogmatiek niet punitief is. Daarom heb ik het niet over straffen, want wij zijn het erover eens dat je iemand niet kunt straffen voor iets wat hij nog niet gedaan heeft. Mijn punt is, dit komt heel dichtbij straffen (vandaar toch ‘punitief’). Er zijn inmiddels allerlei voorbeelden, zoals het vaststellen van de strafmaat op basis van gegevens die voorspellend zijn. In de VS gebeurt dat en waarom zou dat hier niet gaan gebeuren. Tegenargument is natuurlijk dat de rechter nu zelf probeert in te schatten wat de kans is op recidive. Ik durf te beweren op grond van

die patroonobesitas dat het idee dat als je zo'n schatting uit een computer laat komen, het ineens wel klopt, een faliekante misvatting is. Het is gevaarlijk als wij daarop gaan varen.

Dan naar het formele strafrecht. Heel kort een aantal tendensen die het voorveld van de echte strafvordering oprekken. Laten we eens kijken naar het in het huidige wetboek geformuleerde begrip opsporing. 'Onderzoek in verband met strafbare feiten', dus niet naar aanleiding van een reeds gepleegd strafbaar feit, het kan ook gaan om een beraamd strafbaar feit. Deze formulering maakt het in feite mogelijk om voor toekomstige strafbare feiten op te sporen, een enorme oprekking, dan ook nog eens 'onder gezag van de officier van justitie' en niet 'onder leiding van', zoals er eerst stond. En dan 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen', dat is nog een geruststelling (het moet dus nog wel iets te maken hebben met strafvordering). Nog een aantal voorbeelden die dichter naar de onschuldpresumptie gaan, die aan de orde is. Bijvoorbeeld uit wetsvoorstel Computercriminaliteit III twee voorbeelden inzake de hackbevoegdheid voor justitie. Daar zie je dat die hackbevoegdheid het ten eerste mogelijk maakt om 'betrokkenen bij de beraming van' misdrijven in georganiseerd verband te targeten. Hier is nog geen sprake van verdenking, dus je zit echt in het voorveld. En ten tweede het kan gaan om 'om een geautomatiseerd werk in gebruik bij een persoon' in geval van aanwijzingen – niet een verdenking – van een terroristisch misdrijf. Dus je krijgt een enorme oprekking in het voorveld van de strafvordering, op basis van gegevens verkregen dankzij zowel interceptie als het hacken, binnendringen van computers, bijvoorbeeld die van u. Wat gaat er gebeuren met al die data? Politie en justitie hebben daar een beveiligd eigen netwerk voor, iRN. Op dat netwerk worden op een soort platform, dat natuurlijk goed beveiligd is, allerlei modules en applicaties gebouwd, waaronder die van predictive policing, dus het scheppen van de mogelijkheid om voorspellingen te doen. Wat heeft dit nu te maken met onschuldpresumptie? Die is in het geding, omdat de computersystemen waar het over gaat, voorsorteren waar justitie en politie naar gaan kijken en daarmee bepalen wie nader bespied gaat worden. Mijn vraag is, hoe gaan wij dat voorveld controleren, hoe krijgen wij daar zicht op?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Het privaatrechtelijke deel. Ik heb gisteren de preadviezen weer doorgebladerd en mij bekreep door alle voorbeelden het gevoel dat je krijgt als je een tegel in de tuin optilt en je al het gekrioel daaronder ziet: dat onbehagen geldt voor het gekrioel van alle organisaties die dingen doen met data, dingen die je niet weet en waarschijnlijk ook niet wilt weten. Het punt is: als je erover nadenkt realiseer je je ook dat het niet allemaal per se verkeerd of

onwenselijk is. Je kunt niet zomaar zeggen: dat mag allemaal niet. Uiteindelijk zoek je een evenwicht. Wij zijn wellicht allemaal op zoek naar hoe wij dat evenwicht moeten bereiken, langs welke weg, vooral omdat wij nu nog niet weten wat het evenwicht moet zijn.

Voor het privaatrecht toon ik hier voor de beeldvorming een paar voorbeelden, waar u waarschijnlijk allemaal weleens mee te maken hebt gehad. Picasa, Facebook, Twitter. Je ziet foto's, gegevens. Het is fijn dat dit beschikbaar is voor iedereen. Tegelijk is de vraag van wie dit alles is en wie er controle over heeft. De websites verdienen geld (of hopen dat in de toekomst te gaan verdienen) met wat op de websites gebeurt, dus zij moedigen aan dat mensen er allerlei dingen op plaatsen. Dan krijg je een probleem als er dingen misgaan. Een foto wordt bijvoorbeeld gebruikt op een manier die je niet wilt, of hij verdwijnt ineens terwijl je geen kopie hebt en je hem terug wilt hebben. Hij is ergens verdwenen bij een cloud provider. Dan zeg je, het is *mijn* foto, ik kan bepalen wat er gebeurt.

Maar dat 'mijn foto' is dubbelzinnig. Dat betekent twee dingen: *van* mij en *over* mij. Dat loopt door elkaar. Als het om fysieke foto's gaat, weten we hoe we daarmee moeten omgaan. De gedachten bij de meeste mensen is, dat het digitaal is, moet niet uitmaken. Juristen zeggen dan dat het wel uitmaakt. Iets fysieks is een zaak, iets digitaals is niets. Dat is het eerste punt waarvan ik denk dat we een keer moeten omschakelen. Als ik niet-juristen spreek snappen die niet dat juristen hier een probleem van maken. Data is toch gewoon iets waar je over kunt beschikken en dan is het vreemd dat er geen eigendom van mogelijk is.

Het eerste vraagpunt gaat over het 'van mij': digitale activa. Er zijn drie standpunten denkbaar. Ik ben uitgegaan van twee, maar de bespreking van Coen Drion in het NJB gaf nog een derde mogelijkheid die ik op voorhand had verworpen als zijnde te radicaal. Ik zal er iets meer over zeggen. Het eerste is het klassieke standpunt. In plaats van data zou ik eigenlijk moeten spreken over databestanden, de bestanden zelf, niet de informatie. Data is geen goed: dat dit zo is naar positief recht, daar ben ik het mee eens. Maar dat is een ongewenste situatie. Data heeft zodanig belang gekregen dat mensen vinden dat men hier vat op moet krijgen. Een echt manco is bijvoorbeeld revindicatie. Veel juristen denken dat het niet kan, want informatie is niet te revindicieren. Ik bedoel echter niet de informatie, maar het bestand zelf. Iedereen van ons heeft weleens bestanden per mail verstuurd of ontvangen. Het is gewoon een feit dat je dat kunt doen en dat moet juridisch erkenning krijgen. Op dit moment is dat er niet. Soms geven we toch stiekem erkenning, bijvoorbeeld bij beslag en verhaal op data. Dat vindt plaats, maar volgens de regels kan het eigenlijk niet. Dat lijkt mij een onwenselijke situatie.

Dan kun je doorslaan naar de andere kant en zeggen, data is gewoon een goed. We schrappen het hele idee van stoffelijkheid: data is een zaak. Daar

heb ik over nagedacht en met collega's over gediscussieerd, maar daar heb ik aarzelingen over. Want dan zeg je, data is een zaak, maar het is in feite geen gewone zaak. Op sommige punten lijkt data er niet op. Dan gaan er dingen mis als je data gelijktrekt. Je zou dan moeten zeggen, data is een zaak of goed, maar wij gaan het als het nodig is anders behandelen, zonder te zeggen wanneer dat is. Dat is slordige wetgeving. Dat lijkt op wat is gedaan met dieren. Dieren zijn volgens de wet geen goederen, maar ze worden wel exact hetzelfde behandeld. Op die manier hoor je geen wetgeving te construeren, althans niet in het privaatrecht.

De derde oplossing dan: data is analoog aan goederen. Ik geef toe dat het lijkt op het vorige standpunt. Ik bedoel hiermee dat je de regels van goederen als richtsnoer gebruikt. Je probeert die gedachte zover mogelijk door te voeren. Uiteindelijk zou het moeten resulteren in een plaatsing van data in het recht met passende regelgeving. Het is echter een brug te ver om data helemaal gelijk te stellen aan goederen. Voor die doordenking heb ik een eerste aanzet proberen te geven, maar dat heeft meer werk nodig en zal misschien ook in jurisprudentie tot uiting komen. Je ziet inmiddels aanwijzingen dat rechters en partijen met enige inventiviteit een weg proberen te vinden uit de beperkingen van het huidige recht.

Dan het tweede vraagpunt: data die *over* mij gaat. Dat betekent privacy. Op zich is dat niet mijn onderwerp, daar gaan de andere preadviezen over, maar hier is er een raakvlak en dat is voor het begrip wel fijn. Als ik het goed begrip geven Corien Prins en Lokke Moerel in het eerste preadvies aan dat privacybescherming niet goed werkt met een blanco toestemming vooraf. Die toestemming is veel te ruim, je moet later kijken wat er gaat gebeuren. Die toestemming zelf lezen mensen niet, dus dat moet genuanceerd worden gebruikt. Daar ben ik het helemaal mee eens. Als ik het goed lees, stellen zij dat er dan nieuwe instrumenten nodig zijn. Mijn standpunt is dat voor de private handhaving het benodigde instrumentarium al aanwezig is in het privaatrecht. Alleen moet je dat instrumentarium wel willen toepassen op data en privacy-vragen. Daar schort het op dit moment nog aan, daar valt winst te behalen. Ik onderschrijf dat ook de publiekrechtelijke handhaving versterkt moet worden, maar dat is een ander terrein, waar ik mij niet op zal wagen.

Voor het tweede en het eerste vraagpunt geldt dus dat het gaat over de vraag naar *mijn* data. Dit 'mijn' gaat over de bevoegdheden die je hebt over je data. Echter heel veel bevoegdheden die er formeel wel zijn, worden in de praktijk weggecontracteerd. Daar lijkt het evenwicht zoek. Op zichzelf is het zo als Coen Drion in het NJB suggereerde: in het contractenrecht zijn er al algemene regels om hiertegen te beschermen. Maar als je kijkt naar rechtspraak zie je nauwelijks dat er een concrete toetsing plaatsvindt met het oog op de specifieke belangen bij data. Toch lijkt er ineens discussie los te komen. Ik noem drie voorbeelden van artikelen die er zijn of komen of worden aangekondigd, waar men ziet dat men algemene con-

tractuele leerstukken gaat toepassen op dat terrein.²⁵ Dat waren tot nu toe gescheiden gebieden. Het aardige is dat privacy juristen en civilisten elkaar nu hebben gevonden en hopelijk tot zinvolle oplossingen komen.

Het privaatrecht biedt een genuanceerd kader. Wij werken niet alleen met de gedachte dat toestemming geldig is of ongeldig. Je kunt ook zeggen: de toestemming zelf is geldig, maar er is een zorgplicht geschonden. Misschien is er sprake van dwaling, een ander wilsgebrek, van een oneerlijke handelspraktijk, of oneerlijke bedingen. Met deze instrumenten krijg je een mooie dialoog tussen partijen die allebei hun belang bij het wel of niet geldig zijn van zo'n beding kunnen onderbouwen, niet vooraf maar zoals het in de preadviezen is verdedigd, in een concreet geval van gebruik van data. De rechter kan de knoop doorhakken. Op een gegeven moment kan de wetgever daar lering uittrekken en het vastleggen. In het strafrecht heb je niet zo'n natuurlijk evenwicht door een dialoog tussen partijen, dus ik begrijp wel dat Mireille Hildebrandt terecht op andere manieren met andere instrumenten zo'n evenwicht moet zoeken. Wat dat betreft is er geen strijd tussen de verschillende preadviezen, maar laten ze zien dat je op verschillende terreinen verschillende instrumenten moet inzetten.

De heer prof. mr. A.H.J. Schmidt

Ons preadvies gaat over de bestuurlijke rechtsbescherming van de homo sapiens, de homo digitalis. Eerst een paar huishoudelijke mededelingen. Wij gaan ervan uit dat homo digitalis staat voor een individu dat verantwoordelijkheid draagt en mens is die zich moet zien te redden in een digitaliserende wereld. Wij gaan verder uit van twee centrale bestuurlijke taken, de zorg voor veiligheid en voor vrijheid. En van twee wegen waarlangs naar remedies kan worden gezocht, de politieke en de bestuursrechtelijke weg. De politieke weg van de ministeriële verantwoordelijkheid en de bestuursrechtelijke weg van besluiten, bezwaren en algemene beginzelen. Wij gaan er verder vanuit dat het respectabel is om ook oog te hebben voor hoe het geldende positieve recht uitwerkt in een wereld die voortdurend verandert. Tot zover de huishoudelijke mededelingen. Wij zijn op zoek gegaan naar risico's en beschikbare remedies voor de bestuursrechtelijke rechtspositie van de burger in een tijdperk waarin de overheid digitaal gaat. Daar waar Plasterk in de visiebrief van 2013 de voordelen ziet van verbeterde en goedkopere dienstverlening, zoeken wij ook naar de bijbehorende narigheid. Die speurtocht levert een beeld op van het verschuiven van informatiemacht van de burgers weg en naar het bestuur toe. De analyse van dat beeld laat zien dat het digitale bestuur risicovol is en dat het weinig op heeft met transparantie en dat veel kleine digitale beslissingen

25. Op Powerpoint sheet: Neppelenbroek, WPNR 7110 (2016), Van Gulijk en Op Heij, WPNR 7110 (2016), Kannekens en Van Eijk, zie NJB 2016, p. 1533 nt. 23.

– ook ontwerpbeslissingen – beslissingen zijn die zich in de praktijk onttrekken aan rechtsmiddelen wat cumulatief afbreuk kan doen aan de vrijheid van de burgers. Onze analyse is weinig optimistisch geworden, misschien ook omdat de digitalisering van het bestuur niet overal even professioneel verloopt en omdat er een soort digitaal bestuurlijk complex aan het ontstaan is met een eigen moeilijk voorspelbare dynamiek. Het eerste punt dat wij aan de visiebrief van Plasterk ontlenen, gaat over de beschikbaarheid en bereikbaarheid van het bestuur. Digitalisering kan inderdaad een enorme vooruitgang betekenen en een verhoogde beschikbaarheid paren aan een verhoogde efficiency. Ook de individuele dienstverlening kan vooruitgaan. Natuurlijk zijn er ook risico's. Digitale toegankelijkheid werkt niet voor iedereen. Vorige week bleek dat 8% van de bevolking van Nederland nog nooit iets op internet heeft gedaan. 8% die wel enquêtes kan beantwoorden. Rigoreus digitaal gaan door het bestuur sluit deze burgers uit en wij vragen ons af of dat bestuursrechtelijk zorgvuldig is. Wij noemen nog een risico met beschikbaarheid en bereikbaarheid van het bestuur. Die moeten worden ontworpen en dat gaat niet altijd goed. Een slecht ontwerp is een risico voor de burger. Wij geven een voorbeeld dat mij vier dagen geleden persoonlijk overkwam en waar de NS de rol van bestuurder speelt. De NS heeft in Leiden de perrons met poortjes afgesloten. Wie van de stad naar het academisch ziekenhuis wil, heeft een ov-chipkaart nodig. Toen ik dat traject volgde, was er aan de stadskant iets mis met de poortjes. Ze waren door een monteur opengezet, zodat hij reparaties kon verrichten. Inchecken was dus niet nodig, maar aan de andere kant waren de poortjes dicht. Om bij het ziekenhuis te komen, moesten die open. De ov-chipkaart deed zijn werk en pats, 20 euro boete en het besef slachtoffer te zijn geworden van een werkelijk bedroevend slecht of arrogant ontworpen dienst. Het tweede punt dat wij aan de visiebrief van Plasterk ontlenen, is de informatieveiligheid. Uit het Diginotar Drama, uit de grote aantallen gebrekkig beveiligde gemeentelijke websites, uit de recente informatielekken in de gemeenten Amersfoort, Rotterdam en Oegstgeest kan gemakkelijk de indruk ontstaan dat er structureel gebreken zijn in de bestuurlijke informatieveiligheid. Dat is ook zo. Bijkomende zorgen zijn de bescherming tegen mogelijke DDoS-aanvallen en informatielekken van binnenuit, zoals het lekken van politiemol Mark M. richting georganiseerde misdaad. Hier liggen aanmerkelijke risico's denken wij. Ze zijn bekend, ze zijn niet onder controle. Wij vragen ons af of een overheid die digitaal gaat en zulke risico's welbewust neemt, zorgvuldig handelt. Opnieuw belanden wij in een bestuursrechtelijk vacuüm. Wat kunnen burgers uit Amersfoort, Oegstgeest of Rotterdam met vrucht bestuursrechtelijk ondernemen, wanneer hun identiteit gestolen blijkt? Waar moeten zij hun bewijsmateriaal vandaan halen? Het derde punt dat wij aan de brief van Plasterk ontlenen, is het informatiegebruik door de overheid. Risicovol is de verschuiving in informatiemacht. De overheid wordt digitaal oppermachtig als eenzijdig be-

schikkend over really big data. Die big data bestaat uit de optelsom van gekoppelde bestuurlijke databases en de telecomgegevensverzamelingen die werden en worden aangelegd voor het preventief ingrijpen bij terroristische dreigingen. Althans dat vermoeden wij. Hoe dat in Nederland in feite verloopt, is ons niet duidelijk. De Nederlandse overheid is weinig scheutig met informatie hierover. Wij hebben alleen vermoedens en verwachtingen en wij vermoeden dat de AIVD over aanmerkelijke hoeveelheden telecomdata beschikt, teneinde terroristische dreigingen bijtijds te onderkennen. Wij hopen dat zelfs een beetje, maar wij weten het niet en wij zien daar ook niet onmiddellijk een legitieme grond voor. Nog niet. Wij kunnen wel laten zien hoe de Amerikaanse overheid hier handelt. Er is daar een bijzondere dienst die Domestic Surveillance Directorate heet. Het Directorate is opmerkelijk transparant. Er is een helder schema beschikbaar dat uiteenzet hoe het internetdeel van de Amerikaanse big data voor de overheid verzameld wordt. Door een tap te plaatsen bij de internetserviceproviders en alles, content en verkeersgegevens, af te tappen. In het Nederland van nu wordt dergelijke informatie geheimgehouden. Het zou – menen wij – het openbare debat over de bestuursrechtelijke aspecten van de digitalisering ten goede komen wanneer het met open vizier zou worden gevoerd. Dat zou ook goed zijn voor wat elders wel accountability wordt genoemd. Onze voorlopige conclusie is dat de informatieverhoudingen tussen overheid en burger uit evenwicht raken, dat de risico's aanmerkelijk zijn en welbewust worden genomen zonder deugdelijke of voldoende of zorgvuldige voorbereiding. Voorts, de digitaal bestuursrechtelijke situatie is ondoorzichtig. De opstelling van de bestuurders is weinig open. De wijze waarop bestuurlijke ICT-producten worden ontworpen en in stelling gebracht, is vaak onder de maat. Ten slotte, bestuur en wetgever hebben laten zien dat transparantie geen onderdeel is van wat zij zelf als professionele deugden ervaren. Wij hopen dan ook om waar dat mogelijk is, een beroep te doen op algemene beginselen van bestuur in hun digitale vorm bij onafhankelijke rechters. Langs die weg kan een en ander mogelijk wat worden bijgestuurd en opgehelderd. Ons betoog is weinig bemoedigend, maar wij willen niet eindigen zonder proberen een glimp op te vangen van een meer utopisch perspectief. Het is natuurlijk onmogelijk om de toekomst te voorspellen en zeker die van de bestuursrechtelijke homo digitalis. De digitale wereld kan zich eigenzinnig en nukvig ontwikkelen in onverwachte richtingen en daarbij explosieve krachten oproepen. Het kan dus. Het is dus mogelijk dat de dingen zich zo maar ten goede keren. Het zal ons niet verbazen wanneer de explosieve groei van de inzet van apps op de mobiele markt zo een ontwikkeling markeert. Natuurlijk kan het in het digitale verkeer tussen overheid en burger via apps ook de verkeerde kant op gaan, maar apps hebben alle eigenschappen die het mogelijk maken om effectieve en handhaafbare standaarden te bepalen die het bestuurlijk bewaken van zowel vrijheid als veiligheid in de digitale bestuurswereld mo-

gelijk maken. Dat kan en wij hopen dat die kans wordt benut en dat de wetgever, de rechtspraak en de technologen de handen ineenslaan op zoek naar deugdelijke standaarden. Wij sluiten af. Drie dagen geleden kregen wij – waarschijnlijk met velen van u – een brief van Mark Bressers. Mark Bressers is directeur regeldruk en ICT-beleid bij EZ. De brief gaat over: Nederland digitaliseert. Digitaal zakendoen met de overheid. CBS suggereert dat wij ongeveer 1,5 miljoen bedrijven in Nederland hebben. Het zou zo maar zo kunnen zijn dat er 1,5 miljoen van die brieven zijn verstuurd. In die brief worden wij aangemoedigd om e-herkenning te gaan gebruiken, maar wij moeten wel goed opletten. Er zijn namelijk verschillen in betrouwbaarheid van gegevens en verschillende e-herkenningsmiddelen. De overheidsorganisatie waar u met e-herkenning inlogt, bepaalt het betrouwbaarheidsniveau en daarmee welk e-herkenningsmiddel u nodig heeft, zegt de brief. Wat zijn die verschillen? Een andere website geeft uitsluitel. Er zijn er vijf die voor alle zekerheid 1, 2, 2+, 3 en 4 worden genoemd. Om eerlijk te zijn, konden wij onze ogen niet geloven toen wij deze brief lazen, maar wij herkennen er wel meteen alle problemen in die wij in het voorafgaande hebben aangekaart. Daarom denken wij dat de brief in zijn eentje ons hele betoog ondersteunt. Een totaal van 1,5 miljoen extra uren regeldruk. Duizend manjaar. En dan spreken wij nog niet eens over de dramatische gevolgen die een keuze voor vijf verschillende zekerheidsniveaus en vijf verschillende herkenningsmiddelen zullen hebben. Vloedgolven van vergissingen, van onderhouds- en koppelingsproblemen en dus van dataveiligheidsproblemen. Kortom, een op het eerste gezicht opmerkelijk slecht ontworpen dienst. Bestuurlijke beslissingen om diensten op bepaalde wijze vorm te geven, zijn doorgaans geen bestuursbesluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen openstaan. Als ondernemende burgers vinden wij de beslissing om e-herkenning vorm te geven zoals dat is gedaan en de beslissing om de brief te doen uitgaan zoals dat is gedaan, uitermate aanvechtbaar, maar wij hebben maar beperkte rechtsmiddelen om daaraan uiting te geven en het is de vraag hoe effectief die zijn. Kortom, onze stelling is dat digitalisering de toegankelijkheid en veiligheid kan verbeteren, maar dat het niet vanzelf gaat. Het is ook een kwestie van ontwerp- en vormgeving van de dienst en van bestuurlijke wil, van de mate waarin bestuurlijke transparantie als overheidsdeugd wordt ervaren binnen het bestuur zelf. Wij zijn er niet zeker van dat daar langs positiefrechtelijke weg erg veel aan valt te doen.

Eerste paneldiscussie over het overkoepelende en het strafrechtelijk preadvies

Vraagpunten mw. prof. mr. E.M.L. Moerel, en mw. prof. mr. J.E.J. Prins:

1. Wil persoonsgegevensbescherming ook in de toekomst kunnen rekenen op legitimiteit en effectiviteit, dan moet doelbinding als zelfstandig criterium worden verlaten.

Toelichting:

De toets die momenteel vanuit het beginsel van doelbinding aan gebruikers van persoonsgegevens wordt opgelegd is niet langer werkbaar voor het beoordelen van de rechtmatigheid van een gegevensverwerking. Allereerst verliest het privacybeschermend vermogen van dit beginsel aan relevantie onder invloed van ontwikkelingen als big data en Internet of Things. Bovendien dient het bij de afweging of bedrijven persoonsgegevens wel of niet mogen gebruiken, niet zozeer te gaan om sec het doel waarvoor de gegevens worden gebruikt. Veeleer zal de toets moeten zijn of een gerechtvaardigd belang met de gegevensverwerking is gediend, waarbij niet alleen het belang van de verwerker dient te worden betrokken maar een bredere beoordeling dient plaats te vinden ook vanuit de belangen van de samenleving als geheel.

2. Ten onrechte gaat de wetgever ervan uit dat handhaving van gegevensbescherming primair de verantwoordelijkheid van individuele burgers is.

Toelichting:

De aan individuen toegekende rechten vormen een hoeksteen van de privacywetgeving. Daarbij is de aanname dat zij hun rechten op inzage, verzet, correctie en verwijdering daadwerkelijk kunnen uitoefenen omdat zij weten welke informatie er over hen worden verwerkt en door wie. Ook voor de handhaving door de toezichthouder wordt gesteund op het klachtrecht van burgers. De realiteit van onze datagedreven samenleving is echter dat individuen ondanks de hen toegekende rechten, nauwelijks tot niet in staat zijn informatiele zelfbeschikking daadwerkelijk vorm en inhoud te geven. Veel verantwoordelijken hanteren uiterst complexe 'privacy statements' of houden de inzagemogelijkheden opzettelijk archaïsch, om zo uitoefening van rechten door individuen zoveel mogelijk te ontmoedi-

gen. Illustratief voor de geringe effectiviteit van handhaving is ook de dagelijkse realiteit dat als individuen al aankloppen bij de toezichthouder, de klachten niet of slechts in uitzonderlijke situaties worden opgepakt. Veel intensiever dan momenteel, zal de toezichthouder op eigen initiatief tot effectieve handhaving moeten overgaan. Ook moet een nadrukkelijker beroep op de civiele rechter kunnen worden gedaan door maatschappelijke organisaties die een rechterlijke uitspraak benutten als breekijzer voor een scherpere demarcatie van de grenzen van gegevensgebruik.

Vraagpunten mw. prof. mr. M. Hildebrandt:

1. In het nieuwe WvSv moet een bepaling worden opgenomen die het ontwerp en de inrichting van data-gestuurde systemen normeert (zie paragrafen 4.1 en 4.2).

Toelichting:

De manier waarop en de mate waarin technische systemen het volgen, zichtbaar maken en voorspellen van individuele personen mogelijk maken is niet van god gegeven. Het ontwerp en de inrichting van die systemen maakt een groot verschil voor de mate waarin inbreuken mogelijk of gemakkelijk worden gemaakt. Dat kan in een rechtsstaat niet meer als 'uitvoering' worden afgedaan. Bij de aanbesteding van dit soort systemen moeten eisen worden geformuleerd die de brug slaan tussen juridische condities en technische 'requirements'. Bij die juridische condities gaat het enerzijds om de bescherming van grondrechten (door inbreuken zo lastig mogelijk te maken) en anderzijds om transparantie en narekenbaarheid (zodat toezicht mogelijk wordt). Bij dat laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan 'secure logging' en aan de eis dat dit soort systemen 'open source' moeten zijn; het kan niet zo zijn dat de werking van een systeem vanwege bedrijfsgeheimen of IP-rechten niet kan worden geverifieerd.

2. Het is noodzakelijk een toezichthouder in te stellen die de werking controleert van data-gestuurde systemen die bij heimelijk onderzoek worden ingezet (zie paragrafen 4.1 en 4.2).

Toelichting:

Hoewel de rechter-commissaris de inzet van ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden in individuele gevallen vooraf kan toetsen en de strafrechter diezelfde inzet in een beperkt aantal gevallen achteraf kan toetsen, ontbreekt onafhankelijk toezicht op de aanschaf, het onderhoud, de werking en de implicaties van de technische systemen die data-gestuurde intelligentie mogelijk maken in de opsporing in brede zin. Gezien de grote gevolgen van die inzet, in combinatie met het feit dat de personen die het betreft hier in veel gevallen niet achter zullen komen, is het van cruciaal belang

dat stelselmatig wordt getoetst in hoeverre deze systemen niet-noodzakelijke gegevensverwerking mogelijk maken die de privacy en/of de onschuld-presumptie aantast.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik vond het een buitengewoon inspirerende serie presentaties deze ochtend, maar ik kreeg wel het gevoel dat wij hier in deze zaal op een soort eiland zitten en ik kan de strandvergelijking niet omzeilen door te zeggen dat het eiland kleiner wordt. Met het eiland bedoel ik het recht. Aangezien ik er geen deel in heb gehad, kan ik moeiteloos een compliment geven aan de voorzitter en haar commissie dat zij vier jaar geleden dit onderwerp hebben geprogrammeerd en dat zij er zulke eminente preadviseurs bij hebben gevonden, dat verdient ronduit een compliment. Want je hebt het gevoel bij al deze vier brede thema's die aan de orde zijn gesteld, dat ze uiterst actueel zijn en dat ze alle vier op een verschillende manier illustreren dat het recht iets is dat zijn vanzelfsprekendheid verloren heeft. Wat dat betreft is het goed om vanmiddag aan het werk te gaan en zoals juristen dat graag doen, in tegenspraak met elkaar verder te komen. De preadviezen zijn goed, maar het recht – durf ik zonder overdrijving te zeggen – is in nood. Dat vinden juristen vervelend om te horen, want ze hebben een mooi vak geleerd en ze doen het graag, maar als je in Den Haag de politieke discussies hoort en met hoge ambtenaren praat, dan merk je dat het recht een voetnoot aan het worden is. Ik chargeer een beetje, maar minder dan ik zou willen. Genoeg gezegd. Wij gaan nu de eerste twee preadviezen bespreken. Daarvoor zijn als externe deskundigen aangeschoven Jeroen de Jong, Raadsadviseur bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Hij heeft namens Nederland in Brussel onderhandeld over de algemene verordening Gegevensbescherming. Hij weet dus waar het over gaat. En aan mijn zijde van het panel is aangeschoven Frans Copini, oud-politiecommissaris en nu adviseur bij bedrijven en de Nationale Politie, met name op het gebied van sensing en nummerbordherkenning. Hele handige nouveautés waar we het nodige over moeten gaan zeggen. Wat is sensing?

De heer F.M. Copini, panellid

Werken met technische sensoren.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Had ik het toch goed. Wij gaan eerst het eerste preadvies bespreken. Wij hebben voor die twee preadviezen een uur, dus ongeveer een half uur per preadvies. Ik hoop dat dat te weinig is en ik verwacht dat ook, want er is

enorm veel over te zeggen. Nadat de preadviseurs op twee manieren hebben verteld wat hun overwegingen waren en wat hun oplossingen zijn, vragen wij eerst de externe panelleden om namens de andere kant, de geïnformeerde buitenwacht, erop te schieten. Jeroen de Jong, u heeft vier jaar namens Nederland in Brussel over de algemene verordening Gegevensbescherming onderhandeld. Het heeft niks met de preadviezen te maken, maar ik ben zo nieuwsgierig naar waar u zich op heeft geconcentreerd. Wat was de hoofdlijn van uw actie en met welke landen kon u het beste opschieten?

De heer mr. dr. J.P. de Jong, panellid

Daar kan ik heel simpel op antwoorden. De hoofdlijn van de actie was doen wat je minister vraagt en die minister laat zich natuurlijk influisteren door beide Kamers. U zei net iets over uw zorg voor de manier waarop wij met het recht omgaan in Den Haag. Afgezien van het House of Lords in het Verenigd Koninkrijk, ken ik geen enkel land waar het parlement zich zo intensief met deze verordening en bijbehorende richtlijn heeft beziggehouden. Ik denk eerlijk gezegd niet dat in Nederland sprake zou zijn van een soort democratisch tekort over wat je met die verordening zou willen. Natuurlijk hebben wij ons laten bijstaan door een achterban in verschillende schillen van intensiteit en die bestaan vooral uit de meest betrokken ministeries, het bedrijfsleven en uiteraard de Autoriteit Persoonsgegevens. Ergens kom je natuurlijk wel op een middenweg uit, waar je altijd naar moet zoeken om te blijven drijven. Dat is ons toch 4,5 jaar gelukt. Als je kijkt naar waarop ik mij heb geconcentreerd in Brussel, dan denk ik dat wij ons het eerste of anderhalve jaar eerst hebben geconcentreerd op de hele grote thema's. Dat zijn niet toevallig de thema's die in de preadviezen van Lokke Moerel en Corien Prins aan de orde komen. Daarna stuk voor stuk artikelsgewijs een bespreking van het geheel en dat is toch wat saaier dan het type discussie over dit soort grootheden.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

In welk opzicht wijken de preadviseurs af van de Europees gekozen benadering?

De heer mr. dr. J.P. de Jong, panellid

Ik denk dat een van de belangrijkste onderdelen van dit preadvies, de belangrijkste boodschap van de preadviseurs, is durf ook out of the box te denken. Zij hebben het natuurlijk over de betekenis van doelbinding, dat is een vraag die ook in Brussel aan de orde gekomen is, overigens ook in Den Haag om direct te worden terug gestopt in het doosje waarin het zat, maar zo werkt het nou eenmaal. Zij zijn heel eerlijk in hun stelling dat als je van

doelbinding af zou willen, je het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en de verordening op beginselniveau zult moeten aanpakken.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Bent u het – alles overziende – eens met de preadviseurs dat de doelgebonden aanpak nobel is, maar zijn tijd gehad heeft?

De heer mr. dr. J.P. de Jong, panellid

Ik denk dat ze gewoon heel goed hebben laten zien – ik vond vooral die tabelletjes illustratief – dat je veel meer kunt bereiken met wat die verordening te bieden heeft als je durft te gaan schuiven tussen de verschillende belangen die je kunt herkennen achter de verschillende artikelen in de verordening. Ik denk dat het mogelijk is, maar dat vereist wel heel veel van toezichthouders vooral en uiteindelijk ook van de rechter. Ik kan in ieder geval meekomen met het idee dat je doelbinding kunt relativeren. Sterker nog, wij hebben dat zelf gedaan in discussies over wat de betekenis van de verordening is, destijds nog het ontwerp, voor grootheden zoals sociaal mediaverkeer. Uiteindelijk is dat weg gedefinieerd, want datgene wat je doet op je mobiele telefoon valt onder de exceptie van persoonlijke en huishoudelijke doeleinden. Doeleinden, daar heb je ze weer. Een andere boodschap die je terugziet in het preadvies, is de betekenis van big data. Wij hebben toch vrij lang gecorrespondeerd onderling over of je dat nou procesmatig of productmatig moet aanpakken. Daar bedoel ik mee, in het huidige recht is er een regel die de burger het recht geeft niet te worden onderworpen aan een volledig geautomatiseerd proces, althans aan de uitkomst daarvan, dat tot een beslissing voor hem kan leiden. Denk maar aan het nemen van een beslissing door een bank over een hypotheekaanvraag puur en alleen op basis van de postcode, waarin het pand staat of waar de aanvrager woont. Het idee was dat er natuurlijk veel meer te bedenken viel, hoe kom je tot die beslissing en wat voor wereld zit daarachter. Je loopt dan uiteindelijk toch in Brussel op tegen een harde wereld en die harde wereld heet Arctique Communautaire waar je alleen maar mag aanbouwen en niets van mag afbreken. Afbreken wordt snel geframed als verlaging van het beschermingsniveau. Vaak worden veranderingen als zodanig ervaren zonder dat je echt nagaat waar het eigenlijk om gaat. Ik geloof dat de preadviezen een belangrijke boodschap hebben te brengen op dit vlak. Een derde punt dat niet zozeer in de preadviezen staat, zijn toch de belangrijke verschuivingen in machtsverhoudingen die te maken hebben met cloud computing. Dat heeft ook te maken met het idee, mag ik de verantwoordelijken nog steeds in alle opzichten beschouwen als de centrale figuur in het data protectierecht aan wie alle verplichtingen moeten worden toegerekend

of zou ik over die grens kunnen heen stappen, en zeggen, ik geef mijn verwerking in beheer bij Microsoft die bieden mij de middelen aan, maar daar zitten ook bepaalde begrenzungen in, die mij dwingen, verplichten tot een bepaald gedrag wat misschien niet in alle opzichten in overeenstemming met de verordening hoeft te zijn en wat kan ik daar dan aan doen? Dat valt een beetje buiten de preadviezen, maar dat zijn centrale vragen geweest.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Lokke Moerel, heeft u het overdreven in uw preadvies?

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Nee, dat denk ik niet.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Vindt u de verordening verouderd voordat hij in werking is getreden of zegt u hij gaat verouderd worden en wij moeten vast een nieuwe oplossing verzinnen?

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Ik wil even rechtzetten, als het overgekomen is dat Corien en ik tegen de verordening zouden zijn. Ik denk dat de verordening heel veel goede dingen gaat brengen en verbetering met zich brengt. De oude richtlijn was zo aan vernieuwing toe, heel veel dingen zijn daar goed in terecht gekomen. Wij denken alleen dat het systeem te ingewikkeld wordt voor mensen in de praktijk om toe te passen. Wij denken dat al die verschillende elementen te vatten zijn in een toets die gemakkelijker toe te passen is en zoals Jeroen zegt, die de materiële elementen meeneemt. Met Jeroen hoop ik dat de toezichthouders en de Europese toezichthouders die richting in gaan bewegen. Het gekke is – ik kijk naar Jeroen of hij dat ook ziet – dat ik daar al elementen van zie. Om even in te gaan op jouw onderscheid verantwoorde-lijke verwerker, dat is een hard onderscheid in de richtlijn en in de verorde-ning. Die zegt bijvoorbeeld, wij snappen dat de huidige verwerkingen niet meer binair zijn, maar elke keer in complexiteit plaatsvinden. Dan staat er een bepaling in de verordening dat die partijen met elkaar kunnen gaan zit-ten en de taken kunnen verdelen en dan daar aanspreekbaar op zijn. Ik denk dat dat een goede manier is. Ik zie ook dat de Europese toezichthou-der, althans de working party waarin die toezichthouders samenkomen, in hun opinies aangeven dat het niet meer zo binair is, van je bent alleen maar dat. Je bent eigenlijk altijd een beetje en verdeel nou maar hoe de taken

verdeeld zijn en communiceer dat aan de buitenwereld, zodat ze weten bij wie ze moeten zijn. In dat opzicht zie ik veel verbeteringen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik denk dat het goed is om even naar de zaal te gaan. Als u zin heeft om te schieten, dan bent u welkom. Ik ben op de eerste plaats benieuwd wat onze oude nationale en Europese toezichthouder, Peter Hustinx, vindt van het voorstel.

De heer mr. P.J. Hustinx

Ik was tot anderhalf jaar terug Europees toezichthouder en tot 2004 voorzitter van de Nederlandse autoriteit. Naast alle waardering voor het prikkelende preadvies, denk ik dat er ook hele stevige kritiek mogelijk is. Eerst een wat onvriendelijke boodschap, het preadvies komt als mosterd na de maaltijd. Dat hebben wij zo even gezien. Strijd met de verordening, strijd met het onderliggende Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Ik vind dat de preadviseurs daar wel erg gemakkelijk over doen. Ik heb in het preadvies ook weinig diepgaande gedachten aangetroffen over waarom het geldende kader is zoals het is en met name de doelbinding. Maar meer inhoudelijk, ik vind dat ze gelijk hebben voor zover ze zeggen dat gerechtvaardigd belang in de praktijk een veel grotere rol moet spelen. Veel bedrijven zijn er heel bang voor. Veel bedrijven zien graag toestemming, maar wel zo goedkoop mogelijk – dat is op hun voorwaarde – en maken dus misbruik van de naïviteit van de burger. Het zou goed zijn als wij meer nadruk zagen op het gerechtvaardigde belang, maar ze slaan door en slaan de plank mis als zij alle andere gronden, doelbinding, toestemming, contract, enzovoorts, willen schrappen en alle eitjes in een mandje leggen. Hun verwachting dat dat normerender werkt, is denk ik, op heel los zand gebaseerd. Als het gaat om big data, laten de stukken waarnaar zij herhaaldelijk verwijzen, ook goed zien dat doelbinding wel op gespannen voet staat met ongeremd gebruik van big data, maar niet met verantwoord gebruik van big data. Wij hebben in het huidige systeem altijd te maken gehad met twee uitersten: wetenschappelijk onderzoek aan de ene kant en dingen als inlichtingenregisters aan de andere. Welnu, big data toepassingen kun je ook in fasen splitsen en dan blijkt dat het op zoek gaan naar patronen lijkt op onderzoek en statistische analyse. De problemen komen juist pas bij de toepassing daarvan. Ik vind dat zij zorgvuldiger hadden moeten omgaan met het huidige kader. Stelling 1, zoals geformuleerd, daar zou ik zeer tegen zijn. Vraagpunt 2 lijkt sympathiek, maar de Europese wetgever heeft in de verordening allerlei maatregelen genomen die er juist toe leiden dat de eenzame geregistreerde niet zo eenzaam is. Daar zitten mogelijkheden in voor groepsacties, daar zitten hele forse interventies

voor de toezichthouder. Ik vind dus dat het misbruik dat in het preadvies genoemd wordt bij toestemming en doelomschrijving en het gebruik van cookies niet de grondslag is om het allemaal te veranderen, maar om het beter aan te pakken en ik denk dat het nieuwe systeem daarvoor alle mogelijkheden geeft. Stelling 2 is wat misleidend geformuleerd, laat ik het zo zeggen.

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Corien en ik denken dat het niet alleen de toestemmingsgrondslag is die wordt misbruikt door bedrijven, maar ook de contractuele grondslag. Voor deze diensten moet je toestemming geven op deze voorwaarden. Dat is niet alleen het verwerken van data voor het uitvoeren van die dienst, maar dat betekent ook dat je gelijk toestemming geeft om te delen met alle groepsmaatschappijen, met cross side behavioural targeting, enzovoorts. Wij denken of er nou een contract is of niet, niet de grondslag moet zijn, maar dat het een element is in de toetsing, is er een gerechtvaardigd belang. Het is eigenlijk een soort species van de algemene grondslag gerechtvaardigd belang. Dat je kijkt, hoort dit nou bij het ecosysteem wat je hier zou kunnen verwachten. Ik noem een voorbeeld, Netflix. Heel veel mensen zitten daarop, maar ook Amazon waar je een boek kunt kopen. Ik denk dat het verwerken van data binnen het ecosysteem van Netflix of Amazon om mij aanbiedingen of recommandaties te doen, dat boek vind je vast ook leuk, dat er een gerechtvaardigd belang voor te vinden is. Du moment dat het de grens van het ecosysteem van die site overgaat, vraag ik mij af of dat gerechtvaardigd belang er sowieso is. Kijk de voorwaarden van die sites erop na en je zult zien dat er veel meer dingen in zitten, die zij dan mogen. Corien en ik denken dat het gerechtvaardigd belang daar grens stellender zal zijn als je die toets erop loslaat, dan de contractuele grondslag. Is dan het contract helemaal niet relevant? Nee, in de gerechtvaardigd belangafweging maakt heel veel uit of iemand een consument is of een werknemer die misschien meer bescherming verdient, of dat de contractspartij een monopolist is die dingen af kan dwingen. Het kan zelfs zo zijn dat in een contractuele relatie minder mag omdat je een vertrouwensrelatie hebt of in zo'n relatie staat dan als er helemaal niet een dergelijke relatie is. Met andere woorden, wij denken dat de context heel belangrijk is, die niet te vangen is in een streep van: er is een contractuele grondslag, tik, ik heb eraan voldaan en dan heb ik aan de eisen van de privacywet voldaan. Wij noemen dat procedureel mechanistisch. Je bent ermee klaar als je informeert, toestemming vraagt, het in je contracten zet, enorme informatiestatements verstrekt. Ik maak altijd in presentaties voor de grap de vergelijking, Macbeth heeft 12.000 woorden en de privacy statement van iTunes waar mijn kinderen al die dingen downloaden, heeft er 13.000. Ik denk niet dat ze die voorwaarden gelezen hebben. Het recht op onwetendheid is dat dat

niet tegen je gehouden wordt, dat je dat toevallig niet allemaal gelezen hebt. Wij zitten daar grens stellender in dan het systeem waarin wij nu zitten, waar je tik, tik, tik doet en klaar bent. Om een voorbeeld te geven en dan kom ik weer bij de misleidende reclame, als iets misleidende reclame is, dan kun je vooraf en achteraf geen toestemming vragen of in de voorwaarden zeggen, ik vind het goed dat je mij misleidende reclame stuurt. Aan de ene kant zijn we meer grens stellend, en aan de andere kant betekent dat dat er een gerechtvaardigd belang is dat een bedrijf op een site van Netflix – het is een voorbeeld – best een aantal dingen mag met leuke features waar je wat aan hebt, als je die data dan maar niet vervolgens doorverkoop aan een ander of cross site, dus op andere sites, weer een reclame voor de Zalando schoenen stuurt. Wat wij willen zeggen is, wat soms minder meer is, door dat stukje vrij te laten en hier geen toestemming voor te hoeven laten vragen, maar pas toestemming vragen als het echt nodig is, als een soort sluitstuk, denken wij dat je een beter ecosysteem krijgt.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Maar zullen wij als gewone gebruikers het verschil merken?

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Ik denk het wel.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Nu hebben wij allemaal het machteloze gevoel dat je op iets klikt waarvan je weet dat het een heel contract is dat je niet gaat lezen, waardeloos gevoel. Waar ga ik merken dat het beter wordt?

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Een voorbeeld is weer de cookiewetgeving, die ook bijzonder ongelukkig is, maar door het recht te geven op bijna alle cookies toestemming te mogen geven, dat lijken heel veel rechten, want ik moet overal toestemming voor geven. Maar je moet voor zoveel cookies toestemming geven, dat iedereen denkt, als ik moet gaan instellen wat ik wel en niet wil, dat is op basis van behavioural sciences, gewoon te ingewikkeld voor mensen. Als je daar nou eens mee stopt en het gerechtvaardigd belang zou toepassen, wat hopelijk gaat gebeuren, in ieder geval voor dit stuk. Dat je zegt, een cookie dat je nodig hebt om mij een aanbeveling te doen voor een nieuw boek van Amazon, is fijn. Wat is de impact op de privacy daar als je die data niet verkoopt enzovoorts. Maar dan de cross site tracking. Als je daar een grote vette button op zou zetten, do not track, ik denk dat 100%

van de mensen daarop zou klikken. Dus door te targeten waar het schadelijk wordt of waar mensen bezwaar hebben, heb je eigenlijk zogenaamd veel minder, want het is een opt out, niet een opt in, ik wil dit maar het is een opt out, do not track, denk ik door het zo te positioneren dat mensen hun keuze wel kunnen overzien en wel impact maken. Het gekke is dat je zogenaamd minder rechten hebt, maar meer impact. Ik denk dat dat een heel groot verschil zou maken.

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Dat idee van grens stellend, ik denk dat dat heel erg belangrijk is. Ik heb zelf groot vertrouwen dat deze Verordening juist wel grens stellend is als wij hem serieus gaan implementeren. Er zit een aantal voorwaarden in de Verordening die daaraan zullen bijdragen: het feit dat die in de hele EU van toepassing is, en dat er serieuze boetes in zitten, waardoor de kans groot is dat handhaving tot de mogelijkheden gaat behoren. Ik formuleer het voorzichtig. Maar wat is het doel van ‘grens stellend’? Wat mij betreft is het doel toch ook om mensen weer in staat te stellen om op een betekenisvolle manier consent te geven. Het aardige is dat jij daar precies het voorbeeld van geeft. Jij geeft aan hoe je de zaak zo in kunt richten dat de a-grond uit artikel 7 van de Richtlijn (toestemming) weer betekenis gaat krijgen. Dus mijn idee zou zijn, het doel moet niet zijn om mensen de controle over hun gegevens volledig uit handen te nemen, het doel moet zijn om een niveau van serieuze competentie, ‘capability’ in jullie eigen woorden, te creëren, waardoor die consentgrond gaat werken. Dan denk ik heel concreet aan de cookiewetgeving. Wat is daar misgegaan? Bedrijven hoeven voor twee soorten cookies geen toestemming te vragen: voor technische en functionele cookies. Als jij een dienst afneemt, dan hoeft er voor de cookies die voor het afnemen van die dienst noodzakelijk zijn, geen toestemming te worden gevraagd. Wat hebben providers gedaan? Die vragen maar een keer toestemming voor alle cookies, ook voor de additionele verwerkingscookies. Dat is gewoon een kunstje, omdat daardoor bij degenen die toestemming weigert het beeld op zwart gaat. Eigenlijk zou je moeten zeggen, artikel 7 in de Verordening sluit dit soort grappen uit, die zegt, in relatie tot de preamble, dat mag niet meer. Daarmee ben je eigenlijk al van het probleem af. Op het moment dat ik een boek koop zijn alle cookies die noodzakelijk zijn om dat boek aan mij te leveren en de betaling binnen te halen toegestaan op basis van contract. Maar iedere additionele verwerking gaat op grond van consent en dan moet ik duidelijk kunnen zien wat het doel is van die additionele verwerking. Het verschil tussen belang en doel is dat het doel een vorm van zelfbinding is. Ik moet als bedrijf duidelijk zeggen: ‘voor deze verwerking heb ik dit doel’. Het belang zal wel commercieel zijn, maar dat is mij te breed. Het is niet zo dat ieder doel gekozen mag worden, het doel moet legitiem zijn. In de rechtvaardiging

van de keuze van de Preadviseurs voor het gerechtvaardigd belang zien we al deze elementen terug. Dan denk ik, hoe kun je nu zeggen, als wij een aantal eisen die er nu zijn, weghalen, dan gaan bedrijven zich ineens wel houden aan regels die er nu al zijn. Want laten wij wel wezen, even op grond van jurisprudentie van het Hof in Luxemburg, de grote jongens en meisjes zijn al op basis van het gerechtvaardigd belang aan het verwerken. Daarnaast moeten ze specifiek en expliciet aangeven wat het doel is. Daarbinnen moeten zij verwerken. Ik begrijp niet dat als je dat doel weghaalt, dat er dan ineens wel sprake zou zijn van een neiging om je hieraan te houden.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Wij hebben het tot nu toe over de private sector gehad. Ik ben benieuwd of het voor de publieke sector ook interessant is wat er tot nu toe gezegd is. Marilyn Haimé is Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.

Mevrouw mr. M. Haimé, directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken

Allereerst complimenten aan Lokke Moerel en Corien Prins voor hun preadviezen, zeer uitdagende stellingen. Ik heb het echt met veel plezier gelezen en wij hebben Lokke ook weleens gehad in een kenniskamer op ons departement, waar het eerste deel van het animatiefilmpje werd vertoond. Jullie idee van vervangen van doelbinding door gerechtvaardigd belang is een vraag waar wij als wetgever – onze directie – natuurlijk ook wel eens mee worstelen. Want de wetgever doet niet anders dan afwegen van belangen en bij gegevensverwerking lopen wij ook heel vaak tegen de discussie aan, wat is dan het concrete doel en de doelbinding. Ik zal een concreet voorbeeld geven. In het kader van de decentralisaties in het sociaal domein kwam iemand met de vraag, zouden we niet een kaderwet kunnen maken voor de gegevensuitwisseling op het sociale domein? Je hebt de Jeugdwet, Wmo, bijstand. Toen dacht ik, al die wetten bepalen zelf hoe en waar de gegevens voor worden gebruikt. Wat zou een kaderwet hieraan toe kunnen voegen? De drie wetten dienen drie verschillende doelen, maar zou je het gerechtvaardigd belang zoals door jullie beoogd ook in zo'n situatie kunnen gebruiken voor onze afweging van doelbinding in de verschillende doelen en dan beperken tot het sociale domein en zou je in jullie redenering de grens overschrijden wanneer je buiten het sociale domein gaat? De vraag om te komen tot zo'n soort kaderwet, is nog niet beantwoord, dat moet nog een keer gebeuren. Mijn vraag is, waar ligt die grens, want de wetgever moet wel een grens kunnen stellen. Gaat het er in het kader van het sociaal domein om dat wij multiproblem gezinnen willen aanpakken en

helpen, dan heeft het een faciliterend doel, maar zouden die gegevens dan ook aan de politie mogen worden gegeven en zouden die gegevens ook gebruikt mogen worden voor de fraudeopsporing? Dat zijn allerlei vraagstukken die bij mij rijzen, wanneer komt de grens aan de doelbinding in de publieke sector en zou de wetgever voor het publieke domein ook gebruik van jullie idee kunnen maken?

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Die dingen gebeuren toch allemaal al die u noemt?

Mevrouw mr. M. Haimé, directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken

De vraag is of kaderwetgeving voor dit soort uitwisseling zou kunnen volstaan met de gedachte van een gerechtvaardigd belang afweging en wat de betekenis van doelbinding dan nog is voor het publieke domein.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Wij komen er straks op terug. Ik ben benieuwd wat u ervan vindt.

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Dank voor deze vraag. Ik denk dat van de overheid het echt voor de burgers totaal voorspelbaar moet zijn wat er gekoppeld wordt en voor welke doeleinden dat wordt gebruikt. Ik zou denken dat wat wij dan een users case noemen, kunnen we dit koppelen voor dat doel, je daar dan een privacy impact assessment maakt – dat begrip kent de overheid ook – en je de belangen op een rijtje zet welke data voor welke doeleinden worden gekoppeld, wat zijn de voordelen voor de maatschappij en uiteindelijk tot een belangenafweging komt. Als die positief uitvalt, zou je dat vervolgens in een wet kunnen vastleggen en zeggen, wij vinden dat het mag onder die omstandigheden. Ik zou tegen zijn voor de overheid en dat zeggen wij ook in het preadvies, dat je niet zomaar kunt zeggen, de overheid mag koppelen als er een gerechtvaardigd belang is. Ik denk dat dit helemaal vooraf uitgedacht en dan vastgelegd moet worden voordat dat zou mogen. Waarom vind ik dat ook? De afweging moet niet alleen naar een enkele belangenafweging tussen ik als verwerker en het individu, nee, de impact van wat wij hier aan het doen zijn, is zoveel groter en kan ook echt bredere impact hebben op hoe wij ons tot elkaar verhouden in deze samenleving, dat ook echt nagedacht moet worden wat die impact dan is. Wat is de impact van de bank in het voorbeeld dat wij gezien hebben, die vroeger alleen de transactiegegevens van de rekeningen moest geven en nu aan de Belastingdienst

hele analyses moet overdragen. Dat is zo'n andere scope. Je kunt niet zeggen, dat was er al en dat moest afgegeven worden en daarom mag dat nog steeds. Ik denk dat in heel veel situaties waar nu al regels zijn dat er afgegeven moet worden, gewoon opnieuw doorgedacht moet worden wat dat betekent. Uiteindelijk is het dezelfde belangenafweging, maar ik denk dat de overheid extra stappen moet zetten voordat ze dat zo maar kan toepassen. Helpt dit?

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik zou zo graag het preadvies beter begrijpen. Wat gaat er nou veranderen als uw idee werkelijkheid wordt? Gaat u verwachten dat grote dataverwerkers in de eerste plaats bedrijven, maar ik kan mij voorstellen dat het voor de overheid ook belangrijk is, zich vooraf gedwongen gaan voelen om de gerechtvaardigd belangafweging te maken waar ze hem nu niet maken? Wat zal ze ertoe aanzetten om dat evenwichtig te doen, want het belang van de Googles en Facebooks is dingen te doen die ik niet wil. Hoe moeten zij dat afwegen?

Mevrouw prof. mr. E.M.L. Moerel, preadviseur

Dat doen ze, ik werk met veel van die bedrijven en daar wordt heel serieus naar gekeken, maar daar wordt onvoldoende op gehandhaafd. Ik denk dat de verordening daar verbeteringen gaat brengen. Waar Corien en ik ons zorgen over maken, is dat de afweging wel gemaakt wordt, maar het huidige systeem van verwerkingen waar je kunt informeren en toestemming vragen en daar nog meer informatie kunt geven en mensen wel geïnformeerd zijn, daar geloven wij niet in. Ik ga proberen een voorbeeld te geven. Bij behavioural advertising, ze maken een profiel van mij en sturen mij op mij toegespitste reclame als ik mij beweeg op het internet. Die bedrijven die je net noemt, zijn bezig – en ik denk dat dat een goede innovatie is en daar biedt het voorstel van ons meer ruimte voor en daagt daar meer op uit en daar is gemakkelijker op te handhaven – je kunt tegen een bedrijf zeggen bij die behavioural targeting, je moet mij informeren over welke informatie zij daarvoor verzamelen. Nou, die komt uit alle hoeken en gaten. En dan uitleggen welke data dat dan is, concreet die en die categorieën, dan uitleggen welk algoritme, want de onderliggende logica moet worden mee gedeeld, dus hoe ze dan die logica daarop toepassen, en daar moet ik dan ja op zeggen of ik ben dan geïnformeerd en dan zou het mogen. Ik denk dat het reguleren achteraf een gerechtvaardigd belang invulling kan zijn, dat je als je die doet, een goede control aan mensen geeft, die bijvoorbeeld kan zijn wat Facebook nu doet. Dat je dan als je die advertentie dan krijgt – en dan reguleer je aan de achterkant – op het hoekje kunt klikken en dan staat er: vrouw, leeftijd, boten omdat ik naar boten heb zitten kijken, en dat je de

mogelijkheid hebt – dat is er nu – om categorieën weg te klikken of allemaal weg te klikken. Dan weet je niet welke logica gebruikt is of welke data, maar je hebt wel controle over de reclame die je krijgt, omdat je de boot inmiddels gekocht hebt en denkt, nou ben ik wel klaar met die boten. Mijn punt is dat dat weleens een betere bescherming kan opleveren en de toets – en dan moet je het preadvies maar lezen hoe wij daartoe komen en hoe wij dat voor ons zien – maar dat die creatieve gedachten en ook om die ruimte te geven aan bedrijven om er een andere invulling aan te geven, dat ons systeem dat beter faciliteert. Leg ik dat goed uit Corien? Ja.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Kijkend naar de klok moeten wij verder. Ik denk dat wij dit centrale voorstel van jullie in de volgende paneldiscussies terug zien komen en als sommigen van u nu nog iets hadden willen zeggen en het nu even niet konden doen, hou het vast. Ik beloof u dat in de volgende drie discussiedelen er nog gelegenheid genoeg is. Het is goed om nu naar het tweede preadvies van Mireille over te gaan. Aan wie kan ik beter het woord geven dan aan Frans Copini, politiemans, praktijkman, praktische theorie-man, die het goed gelezen heeft. Ik zou hem eerst willen vragen, wat is voor u de essentie van het preadvies van Mireille over data gestuurde intelligentie in het strafrecht? Waar komt het op neer?

De heer F.M. Copini, panellid

Allereerst, ik werk op dit moment dagelijks met het ontwerpen van systemen waar met agents gewerkt wordt. Ik denk dat het enorm belangrijk blijft om met name de humane toetsing in die systemen overeind te houden. Mevrouw Hildebrandt praat in feite over zelfbewustzijn. Ik geef zelf altijd het beeld, als je je hart volgt, hoef je je niet aan de regels te houden. Dat moet ik hier misschien niet zeggen, maar wat ik daarmee bedoel is dat computersystemen en dus ook agents altijd regel gestuurd zijn. Daar komt wel wat verandering in, maar op dit moment is dat volgens mij nog zo. Maar regels worden door mensen altijd beoordeeld op hun waarde in de context en ik denk dat mensen dat nog steeds heel veel beter kunnen doen dan machines. Haar pleidooi om die mensen onder de loep te houden, ondersteun ik dan ook van harte. Tegelijkertijd zie ik ook dat wij systemen gebouwd hebben – ook binnen de politie – die niet getoetst zijn aan wettelijke bepalingen of door een toezichthouder. Ik denk dat wat dat betreft er wel een goede stap is gezet door onze minister van Veiligheid en Justitie, toen hij de visie op sensing van de politie aan de Kamer aanbood en daarbij in zijn beleidsreactie ook aangaf dat hij zegt, de politie wil haar eigen sensornetwerken versterken en verbeteren, die wil ook beter gaan samenwerken met derde partijen. Dat betekent bijvoorbeeld, voor een ANPR-camera

staan er in de praktijk soms wel duizend ANPR-camera's in het bedrijfsleven, die dus ook veel meer opslag mogen doen, want de politie mag haar kentekenwaarnemingen niet opslaan, maar die kan wel de opgeslagen data bij het bedrijfsleven opkopen. De politie doet dat ook. Terwijl zij zelf niet mag opslaan, haalt ze de opgeslagen data van derden op. Ik denk dat het raar is als je de systemen die de politie nu bouwt, niet alleen toetst aan wettelijke bepalingen, maar ook tot je neemt of die wettelijke bepalingen wel toereikend zijn. In dat kader vind ik het een heel goed idee zoals die visie op sensing dat ook aangeeft, wanneer de politie wil bezig gaan met nieuwe concepten, dan zou zij eerst het concept degelijk moeten ontwikkelen en vervolgens daarmee in de praktijk wordt geëxperimenteerd, zou er een soort beleidsethische of juridisch-ethische toetsing moeten plaatsvinden alvorens het experiment toestemming krijgt om te beginnen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Daar kunt u wat u betreft in het preadvies aanknopingspunten vinden, want de minister van Veiligheid en Justitie draagt niet altijd even verbaal vocaal enthousiast uit wat u net zei, naar mijn waarneming.

De heer F.M. Copini, panellid

Dan wil ik toch even bijdragen aan een iets positiever imago van onze bewindspersoon. Ik denk dat hij in dit kader een buitengewoon enthousiast voorstander is van het ontwikkelen van nieuwe concepten, maar ook wil bewaken dat hij binnen de juridisch-ethische ruimte blijft zoals wij die ons met elkaar voorstellen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Even naar de preadviseur terugschakelen. Bent u gerustgesteld door wat u hoort?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Ik vind het in ieder geval een prachtige reactie (van de heer Copini), maar u bedoelt waarschijnlijk of ik gerust ben gesteld door de bewindspersoon. Om ook even de link naar het vorige Preadvies te leggen, denk ik dat het voor de overheid en de wetgever heel gemakkelijk is als we het over doelbinding hebben, om – wanneer wordt verwerkt op basis van een wettelijke verplichting – een doel in de wet zetten, of 36 doelen in de wet te zetten, en dan is het hele probleem eigenlijk al opgelost. Daarmee kun je doelbinding natuurlijk vleugellam maken. Dan kom je in de volgende stap, wij gaan nu systemen bouwen, dat is waar u het over heeft, waarmee wij bijvoorbeeld

sensing kunnen doen. Denk aan het voorbeeld in het Preadvis over Stratumseind. Daar gaan wij heel veel gegevens bij elkaar leggen en daar komen dan voorspellingen uit voort. Mijn punt is eigenlijk, als je het over toetsing hebt van zo'n computersysteem, dan zegt degene die het bouwt: dit doet het, dat en dat en dat. Dat heet 'requirements engineering'. De vraag is of dat zo is. Je kunt iemand op zijn blauwe ogen geloven, maar daar zijn hele specifieke deeldisciplines voor. Bijvoorbeeld software verificatie en dat kun je op twee manieren doen. Wiskundig, je gaat in de software van het systeem kijken, dan moet het wel open source zijn, anders kun je dat niet zien, en ga je kijken of dat systeem sowieso wel kan doen wat wordt beweerd. Je kunt het ook empirisch doen, dan ga je zeggen, het interesseert mij niet hoe dat wiskundig zit, ik kijk wat erin gaat en eruit komt en dat klopt niet, ook al klopt het wiskundig. Ik ben er voorstander van dat zo'n toetsingscommissie niet alleen maar juridisch gaat zitten kijken wat die mijnheer of mevrouw of die entiteit, het bedrijf, die de software heeft verkocht, zegt wat het systeem doet, of wat de politie zelf zegt wat zij ermee doen, maar dat je echt mensen hebt die in dat systeem kijken en zeggen: dat is helemaal niet waar, dat systeem doet iets heel anders. Daar komt bij dat je kunt zeggen, ik wil alleen maar weten wat dat systeem daadwerkelijk doet of gedaan heeft, hoe het gebruikt is. Maar ik denk dat het op dit moment veel belangrijker is om te kijken wat deze systemen mogelijk maken. Nu ga ik een beetje nare vergelijking maken en u mag zeggen, weer die Tweede Wereldoorlog analogie, en toch is die belangrijk. Wij zijn nu systemen in elkaar aan het steken die toestaan – en dat is feitelijk al aan het gebeuren – om hele gespecificeerde individuele profielen van mensen te maken aan de ene kant en aan de andere kant generieke profielen die nog niet toegepast zijn op personen, maar die je er wel op kunt gaan toepassen. Kijk, een bedrijf is alleen maar geïnteresseerd in de generieke patronen. Die wil gewoon iets verkopen en wie je bent, interesseert dat bedrijf niet. Dat is eigenlijk minder erg in dat opzicht. Op het moment dat de overheid – die altijd om goede redenen wel geïnteresseerd is in wie wat en hoe en waar – zulke systemen gaat inzetten, dan ben je een systeem aan het bouwen waar op het moment – en nu ga ik iets raars zeggen – dat China het zaakje hier overneemt, dan heeft die nieuwe machthebber wel heel veel in handen. Het is het verschil tussen de verlichte despotie waarbij de machthebber, de soeverein zegt, vertrouw mij nou maar, ik maak daar geen misbruik van. De rechtsstaat betekent dat wij zeggen, dat is fijn, maar wij gaan het zelf even controleren en als het ons niet bevalt, sturen wij u naar huis. Om dat nog te kunnen doen, moeten wij echt in die systemen kijken en daar zijn de computerwetenschappers voor nodig, maar het is nog belangrijker dat juristen, dat wij, ons daar ten gronde mee gaan bemoeien.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Denkt u aan publieke of ook private systemen?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Dan zitten we eigenlijk in het andere preadvies, maar ik denk dat advertising niet zo interessant is. Je koopt een adblocker of je gaat tijdens de reclame even naar het toilet. Zolang je maar kan zien dat het advertising is. Kredietverlening, onderwijs, er wordt nu een hele opbouw gemaakt, ik was laatst op een conferentie over e-learning, Blackboard bijvoorbeeld, een systeem dat bijna alle universiteiten gebruiken, geeft licenties af waardoor zij al de gegevens van studenten en documenten die daarin zitten, gedragsgegevens, al die gegevens worden hun eigendom. Van al dit soort systemen, bijvoorbeeld zoekmachines die voor het vermogen van individuen om zelf beslissingen te nemen, zo ingrijpend zijn, vind ik dat je daar eigenlijk in moet kunnen kijken. Dus ik ben een voorstander van open source en van profieltransparantie die ingebouwd wordt in systemen, zodat mensen daadwerkelijk kunnen zien: het zou weleens kunnen dat bedrijven mij zo profilen en dat heeft die en die gevolgen. Ik moet bij een instantie – misschien bij dat bedrijf, maar als ze het zelf niet doen, ergens anders – heen kunnen om te zeggen, volgens mij word ik nu op een manier behandeld die niet klopt.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Maar als ik het even plat praktisch bekijk, u zegt, dit zou moeten, een diepe preventieve systeemanalyse bij alle grote overheidssystemen. Nou is het zo dat de overheid heel veel uitbesteedt. Toen ik bij de Rijksuniversiteit Groningen werkte, moesten wij op Google mail overgaan. Black board is geloof ik, een Amerikaanse firma, wat voor regelgeving kan dit ook maar bij benadering afdwingen?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Ik vind dat dit soort systemen open source moeten zijn omdat zij een te grote impact, een te groot manipulatief vermogen, creëren. Ik zit in een project met mensen die Facebook als cliënt hebben en ik ben ervan overtuigd dat mijn gegevens nergens veiliger zijn dan bij Facebook. Gebruikersgegevens zijn hun gouden ei, die delen ze met niemand. Ze laten wel partijen adverteren, maar ze delen die gegevens met niemand. Toch kan ik dat niet controleren. Zeker bij zoekmachines, ik vind dat wij als democratie en als wetgever moeten zeggen: het is onacceptabel dat wij niet kunnen zien in hoeverre wij gemanipuleerd worden. Op het moment

dat je dat gaat zeggen en handhaven, wordt een aantal dingen buitengewoon eenvoudig. Dat is eigenlijk de vraag die je stelt als ik het goed begrijp: kan de overheid de controle nog wel uitoefenen als ze alle experts de deur uitstuurt om ze vervolgens in te huren als ICT-expert. Dat moet de overheid beslist niet doen, want dan komt de overheid in een Catch-22 situatie terecht. Die zegt, ik wil nu iets weten, ik ga dat inhuren. Dan komt er iemand die expert is, maar die moet ook een boterham verdienen, dus die gaat met die ambtenaar die op dat moment eigenlijk niet meer weet waar het over gaat, die het technisch niet kan beoordelen, een deal sluiten zodat als het misgaat, dat meerwerk oplevert in plaats van dat je het zo inricht dat het voor dat bedrijf interessant is om een duurzaam en veilig product te leveren. Dus je moet ICT-experts binnen de overheid samen met juristen aan het werk zetten, en ook bij de toezichthouders. Dat is de enige manier – dat klinkt misschien vergaand, maar ik denk echt dat het zo is – om de rechtsstaat opnieuw uit te vinden.

De heer F.M. Copini, panellid

Ik zat al een beetje te popelen, want ik krijg een beetje het idee dat toezicht houden op het systeem een beetje blij maken met een dooie mus is. Ik bedoel daarmee, ik heb zelf analisten binnen de politie zien werken met big data-analyse software en je zou naar dat systeem en de databronnen kunnen kijken of die integer zijn of niet, daar zou je allemaal naar kunnen kijken, maar de essentie van het werk komt uiteindelijk bij de analist terecht en de analist zou je eigenlijk mee moeten beoordelen in het systeem. Dus niet alleen het systeem zelf, maar ook het praktische gebruik ervan, dat zou je pas geven in de integriteit van het hele stelsel denk ik. Eerlijk gezegd mis ik dat een beetje in de discussie dat die mens die in de loop moet zijn om agents die iets doen, de humane beoordeling daarbij te houden. Dat mis ik eigenlijk in het toezicht houden op het systeem. Mijn vraag aan mevrouw Hildebrandt zou zijn, moeten wij niet een soort toezichthouden op zowel het systeem als het praktische gebruik ervan?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Ik vind dat de eerste, daaraan voorafgaande stap, is dat je systemen zo moet ontwerpen en inrichten dat die individuele politieagent de baas is en vrij snel kan zien wat het systeem doet. Dat kan, maar degene die het systeem nu bouwt heeft daar misschien geen belang bij om allerlei redenen. Ik zeg niet dat het slechte mensen zijn, maar wij hebben een ecosysteem ingericht waarbij je bedrijven dwingt om hun eigen broek op te houden en dus systemen te leveren die snel geld opleveren. Stel dat de politie software gebruikt om ons in de smiezen te houden (dat kan heel zinvol en nuttig zijn), waar intellectuele eigendom op zit. Ik zeg als toezichthouder of als

politieagent, ik wil daarin kijken om te zien wat daar gebeurt. Sorry, dat mag niet, dat kan niet – vanwege de IE rechten. Dat moet gewoon niet kunnen. Dat is in een democratie volkomen onverantwoord. Als iemand tegen mij zegt, wij leven hier in een Westerse samenleving, ondernemerschap, waar blijft het verdienmodel dan? Ik zeg dan altijd, als je een echte ondernemer bent, dan weet je dat de markt waarin je opereert gecreëerd wordt door het privaatrecht dat wij met zijn allen hebben afgesproken. Dat privaatrecht, die markt, kun je zus of zo organiseren. Als wij met zijn allen afspreken dat dit soort systemen voldoende doorzichtig moeten zijn, dat ze niet te veel kunnen manipuleren, dan moet een ondernemer daar zijn verdienmodel op gaan bouwen en dan komt er een markt voor de technologie om systemen te gaan bouwen die verantwoord zijn. Die markt moet je stimuleren, die ‘incentive structure’ moet je neerzetten.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Zijn er mensen in de zaal die zitten te popelen om iets te vragen of te zeggen?

De heer mr. P.C. van Schelven

Ik heb jarenlang de ICT-industrie vertegenwoordigd als jurist bij de brancheorganisatie. Ik hoor u een aantal dingen zeggen, waarvan ik denk. Het toetsen van systemen, ik geef u in overweging een hele belangrijke auteur uit de Nederlandse ICT-geschiedenis te lezen. Dat is een hoogleraar, een jaar of tien geleden overleden, Etske Dijkstra. Vertrokken vanuit Nederland naar Austin. Een grootheid in de wereld van de informatica. Wat heeft die gezegd over het toetsen van systemen? Het toetsen en testen van systemen is heel belangrijk, maar daar kun je maar een ding mee vaststellen: niet of de systemen deugen of niet, maar alleen maar de aanwezigheid van gebreken in systemen. Je kunt niet toetsen of een systeem als zodanig deugt. U zou dieper in de literatuur moeten duiken om te bepalen wat nu eigenlijk het toetsen en verifiëren van systemen is. Dat is op zich een menselijke activiteit waar tal van beperkingen aan zitten, die beginnen denk ik, met de beperkingen waar u terecht op wijst, de analist die erbij betrokken wordt, tot en met wat je boven water kunt tillen met het toetsen van het systeem. Ik durf de stelling aan dat u de deugdelijkheid van een systeem niet kunt vaststellen met de toets die u hier nu predikt. Dat is een en het tweede, u pleit voor open source software. Dat is in niet onbelangrijke mate ook een geloofsdiscussie. U gelooft in open source en wij geloven allemaal in woorden die in zichzelf goed zijn, open is mooi, geluk, vrede en liefde zijn mooi, dus open source software is ook mooi en dat is toch mooier dan de vijanden van Microsoft en IBM, partijen die ik heb vertegenwoordigd in de loop der jaren. Maar u zou ook eens moeten kijken naar de keerzijde van

open source software. De kwaliteit van open source software staat of valt met de groep, de community die achter dat soort codes zit. Hoe gaat u de kwaliteit van die groepen, communities achter open source toetsen? Dat zijn soms ook een-, twee- of driepitters.

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Ik denk dat dit buitengewoon belangrijke vragen zijn. De faculteit waar ik aan verbonden ben, computerwetenschappen in Nijmegen, heeft een instituut voor Software Verificatie, ik denk dat ik daar best aardig zicht op heb, maar niet als computerwetenschapper, want dat ben ik niet en dat wil ik ook niet worden, want ik denk dat het heel belangrijk is dat juist niet-computerwetenschappers zorgen dat zij in staat zijn om deze discussies met computerwetenschappers te voeren. Ik denk niet dat ik het woord deugdelijkheid van systemen gebruik, want daar zitten allerlei morele connotaties in. Zoals ik heb gezegd, je kunt mathematisch en empirisch onderzoek doen, toetsen. Ik denk dat het punt bij al dit soort systemen is dat als je Pietje inhuurt om dat systeem te toetsen, dan zegt Pietje, ja hoor, dit is goed. En dan vraag je het aan Klaasje. Die komt ook en die zegt, dit is niks. Wij juristen, worden daar helemaal niet gek van. Dat zijn wij gewend. Op het moment dat in de rechtszaal een feitenkwestie opkomt die erg complex is, dan gaan wij een aantal experts huren die wij gaan bevragen en daarna nemen wij een beslissing. Dat zou zo'n toetsingscommissie ook moeten doen, waar dan natuurlijk wel echte expertise in moet zitten. Ik geloof überhaupt sowieso niet dat dit soort problemen, die samenhangen met de bouw, de architectuur van een totaal andere wereld die al behoorlijk in aanbouw is, op te lossen is met data protection of open source software of met een toetsingscommissie. Dat zijn allemaal elementen. Dus ik geloof niet in panaceas in die zin. Een van de dingen die ik heel interessant vind aan deze Preadviezen, is dat je bijvoorbeeld vanuit het privaatrecht ineens hele interessante andere invalshoeken ziet. Wat ik wel denk is dat er bepaalde voorwaarden zijn waar je echt aan moet voldoen in de echte zin van voor-waarden. Dus je moet eerst zorgen dat de systemen – ik zou zeggen – ‘contesteerbaar’ zijn. Een systeem dat niet meer contesteerbaar is, eigenlijk moeten we dat voor belangrijke zaken – belangrijk in de zin van maatschappelijk belang – niet meer accepteren. Alle caveats die u opgeeft, geven precies aan waar het om gaat. Wat ik nooit gezegd wil hebben is, doe er even een toetsingscommissie overheen, zet er wat sterke mannen in – vrouwen zijn nog wat minder te vinden in ICT – en dan komt het goed. Zeker niet, wij moeten het bespreekbaar maken. Dit is een democratie. Wij kunnen niet accepteren dat deze overigens buitengewoon interessante kunstmatige intelligentie niet meer ten dienste staat van ons.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Mooi gesproken. Ik wil dit deel van het panel afronden, tenzij er nu nog een brandende vraag is. Met een afsluitende vraag aan Mireille. Ergens in het preadvies staat de mooie zin: “De rechtswetenschap moet weer een normatieve wetenschap durven zijn.” Kun je dat in honderd woorden samenvatten met een klarenstoot?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Normatief betekent niet moralistisch, maar dat wij hoeders zijn van de rechtsstaat in zeer praktische zin. Wij gaan niet onze moraal aan elkaar opleggen, wij gaan een systeem creëren waarin bedrijven en individuen ethisch kunnen handelen. Op dit moment kunnen bedrijven niet ethisch handelen, want dan worden ze de markt uitgedrukt. Dat moeten wij helemaal niet willen.

De heer mr. H. Hijmans, speciaal adviseur EDPS

Ik werk voor de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (de EDPS). Ik ben onlangs gepromoveerd op de verantwoordelijkheid van de Europese Unie om de privacy van burgers op het internet te beschermen. Ik had eigenlijk een vraag willen stellen aan Lokke Moerel en Corien Prins.

De heer Chavannes is begonnen met het recht te duiden als een voetnoot in onze samenleving. Toen ik het preadvies las, had ik het idee dat het Europese Verdrag en de Europese samenwerking een beetje een voetnoot waren. Ik vind het overigens een prachtig preadvies, maar het doet mijns inziens tekort aan het belang van Europa en het Europees recht. Wij hebben net een grondrecht voor gegevensbescherming op Europees niveau vastgelegd, een sinds 2009 grondwettelijk beschermd recht met als een van de essentiële kenmerken de doelbinding. Je kunt daar best kritiek op hebben, maar dit grondrecht is nu neergezet in het preadvies als een voetnoot en niet als een leidend uitgangspunt voor de rechtsontwikkeling.

Dit is gelinkt aan het andere punt dat ik graag naar voren zou willen brengen. Privacy en gegevensbescherming zijn allebei fundamentele rechten, die beschermd moeten worden in een democratische rechtsstaat. Deze rechten behoeven een sterkere bescherming dan het soort belangenafweging dat de preadviseurs voorstellen en die meer het karakter heeft van een privaatrechtelijke belangenafweging met gelijke partijen. Je kunt wel zeggen, zoals de preadviseurs ook doen, dat het voorstel tegen de overheid niet geldt, maar de macht in een informatiesamenleving ligt voor een groot deel juist niet meer bij de overheid maar bij grote spelers als Google en Facebook die ook vaak zijn genoemd. Het loslaten van de extra grondwettelijke bescherming die op Europees niveau in een verdrag is vastgelegd en

die extra bescherming geeft aan de burger, had ik graag in de discussie willen betrekken.

Mevrouw prof. mr. J.E.J. Prins, preadviseur

Wij vonden al dat wij een flink aantal woorden hadden benut voor ons preadvies, dus nog meer waagden wij ons niet aan. Ergens in ons preadvies staat wel degelijk een korte passage over de relevantie van het Europese Verdrag. Om het hier heel kort te maken, wij menen dat met onze toets juist versterking wordt gegeven aan datgene wat is neergelegd in dit Verdrag. Ik zou iedereen naar het preadvies willen verwijzen. Dat heeft ermee te maken dat met het voorstel dat wij doen, veel meer grensstellend een regelkader wordt neergezet in plaats van nu puur een check op de zorgvuldigheid.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik denk dat het geheiligde moment van de stemming gaat komen. Dat wij de twee preadviezen naar vermogen in een uur hebben samengeperst en hopelijk enigszins verdiept.

Uitslag stemming over de vraagpunten mevr. prof. mr. E.M.L. Moerel, mevr. prof. mr. J.E.J. Prins en mevr. prof. mr. M. Hildebrandt:

1. Wil persoonsgegevensbescherming ook in de toekomst kunnen rekenen op legitimiteit en effectiviteit, dan moet doelbinding als zelfstandig criterium worden verlaten.
Uitslag: net aangenomen.
2. Ten onrechte gaat de wetgever ervan uit dat handhaving van gegevensbescherming primair de verantwoordelijkheid van individuele burgers is.
Uitslag: ruime meerderheid bevestigend.
1. In het nieuwe WvSv moet een bepaling worden opgenomen die het ontwerp en de inrichting van data-gestuurde systemen normeert (zie paragrafen 4.1 en 4.2).
Uitslag: ruime meerderheid bevestigend.
2. Het is noodzakelijk een toezichthouder in te stellen die de werking controleert van data-gestuurde systemen die bij heimelijk onderzoek worden ingezet (zie paragrafen 4.1 en 4.2).
Uitslag: ruime meerderheid bevestigend.

Tweede paneldiscussie over privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk preadvies

Vraagpunten dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai:

1. Digitale activa dienen in het privaatrecht behandeld te worden naar analogie met stoffelijke objecten.

Toelichting:

Onder digitale activa wordt verstaan databestanden en virtuele objecten (par. 3.2-3.4). De analogische behandeling betreft in het bijzonder overdraagbaarheid, bescherming tegen inbreuken, remedies, zekerheid, verhaal en executie (par. 3.5-3.8).

2. De rechterlijke controle op onredelijk bezwarende bedingen en oneerlijke handelspraktijken behoeft aanpassing voor contracten over digitale activa en diensten.

Toelichting:

De regels voor onredelijk bezwarende bedingen (zwarte en grijze lijst) en oneerlijke handelspraktijken zijn vooral gebaseerd op ervaringen uit de off-line wereld en zijn daarom onvoldoende toegesneden op individuele belangen bij de digitale wereld (par. 3.12). Nieuwe regels zijn in het bijzonder ten aanzien van het toestemming geven voor omgang met data, virtuele objecten en persoonsgegevens. Wellicht moet toestemming dwingendrechtelijk beperkt zijn ten aanzien van nieuwe, onvoorziene vormen van gebruik. Voor het overige behoeven, wat de bescherming van privacy betreft, de bestaande rechtsfiguren geen wezenlijke wijziging (par. 3.10).

Vraagpunten dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en dhr. prof. mr. A.H.J. Schmidt:

1. Wetgever en overheid houden in wetgeving en beleid rond digitalisering te weinig rekening met de belangen van burgers en ondernemers.

Toelichting:

Niet alleen doordat de blauwe belastingenvelop wordt vervangen door een digitale aangifte, maar vooral doordat gedwongen dienstverlening via apps nieuwe machtsmiddelen schept zonder dat daar tegenover passende waarborgen staan.

2. Bij het beteugelen van de bestuursrechtelijke risico's van digitalisering is meer te verwachten van de rechter dan van de wetgever.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Privaatrecht voor de homo digitalis van de heer Tjong Tjin Tai, hij is hoogleraar Privaatrecht in Tilburg. Hij pleit ervoor dat het privaatrecht net zo goed geldt voor digitale activa als voor stoffelijke objecten. Over wat daaraan vastzit zal in de eerste plaats Marco Loos, hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, zijn licht laten schijnen. Om af te trappen, vraag ik, wat vindt u verhelderend aan het preadvies, wat heeft u er zo mogelijk van opgestoken?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Om maar meteen met de gemakkelijkste vraag te beginnen. Ik denk dat het een heel rijk preadvies is, omdat het de nadruk legt op een aantal verschillende elementen uit het privaatrecht. Eric begint met de vraag of digitale objecten voorwerp van eigendom kunnen zijn en daarmee een zaak in juridische zin. Hij koppelt daar allerlei gevolgen aan vast op het gebied van het goederenrecht en het aansprakelijkheidsrecht. Mijn achtergrond is vooral het contractenrecht en het consumentenrecht, dus ik zou vooral deze aspecten hebben benadrukt. Ik had verwacht dat Eric dat ook zou doen, gezien het feit dat hijzelf ook voornamelijk op die gebieden actief is. Dat heeft hij niet gedaan. Daar valt ook wel wat voor te zeggen. De vraag of je beslag kunt leggen op digitale objecten of daar pandrecht op kunt vestigen, is natuurlijk voor de praktijk van groot belang. In dat opzicht heeft het mijn blik in ieder geval verruimd.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Heeft u dat relatief weinig gedaan?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Ik heb mij in het verleden weinig met het goederenrecht beziggehouden, gewoonweg uit tijdgebrek. In dit preadvies heb ik dat wel gedaan, deels omdat in Tilburg de laatste jaren veel aandacht aan data werd besteed en ik in een cursus daarover met de vraag naar de status van data werd geconfronteerd en dacht, hoe zit dat? Je bent wetenschapper, dus wil je zo'n vraag beantwoorden.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Marco Loos, wat is uw meest fundamentele punt van kritiek op het preadvies? U mist wel het een en ander.

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Ik mis zeker een aantal dingen. Dat heeft niets te maken met de kwaliteit van het preadvies, maar ik denk dat er meer aandacht had kunnen worden besteed aan het feit dat wij hier vaak niet met twee partijenverhoudingen, maar met meerpartijenverhoudingen te maken hebben. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin je een smartphone hebt. Je koopt een smartphone, daar zit allerlei software op, allerlei digitale inhoud met apps. De verkoper is vaak een simpele winkelier, soms een telecomprovider, maar de software en de digitale inhoud op je smartphone worden in de praktijk geüpdate door de producent van de smartphone zelf. Met hem heb je normaal gesproken van tevoren geen contractuele verhouding. Over hoe die verhoudingen zich tot elkaar verhouden, zie ik in het preadvies helaas niet zoveel terug. Dat vind ik jammer. Daarmee verbonden wellicht het element dat de meerpartijenverhoudingen vaak duurovereenkomsten zijn, terwijl ons contractenrecht in grote mate gericht is op overeenkomsten van voorbijgaande aard, met als belangrijkste voorbeeld de koop. Zodra de zaak geleverd is, is eigenlijk de relatie achter de rug. Dat heb je bij digitale inhoud niet. Meestal zijn dat duurrelaties en dat betekent dat je een hele andere manier van kijken moet hebben ten aanzien van de vraag hoe je overeenkomsten beëindigt, of je eventueel de digitale inhoud of de digitale objecten moet aanpassen aan veranderde omstandigheden, of dat een van beide partijen een opzegbevoegdheid heeft. Dat is een element waar nader aandacht aan had kunnen worden besteed. Het andere element is de opkomst van gratis digitale inhoud, gratis informatie: de vraag is of dat een contractuele relatie oplevert. Als je digitale inhoud voor niets krijgt, is dat natuurlijk niet echt voor niets. Dat gaat in ruil voor de persoonsgegevens. In het voorstel van de Europese Commissie van 9 december 2015 wordt dat ook gezien als betaling, niet in de vorm van geld, maar met persoonsgegevens. Daarnaast kennen wij betaling in de vorm van het moeten aankijken van advertenties. Ook dat levert een relatie op en de vraag is wederom of dat wel of niet een contractuele relatie is. Daar zou ik graag ook meer over hebben gehoord.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik heb mij weleens afgevraagd waarom ik bij Google niet de mogelijkheid krijg om te zeggen, ik wil graag jullie zoekmachine gebruiken voor een

tientje per maand, maar dan wil ik verschoond blijven van betaling met mijn informatie. Die mogelijkheid is er niet. Hoe zou dat komen?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Google biedt die mogelijkheid inderdaad niet, omdat zij veel meer geld kunnen verdienen met de persoonsgegevens dan met die 10 euro. Dus als ze daar een marktprijs voor moeten krijgen, dan zou het misschien wel 100 euro zijn, ik noem maar wat. Er zijn natuurlijk allerlei apps die wel op die manier werken. Je kunt ze voor niets krijgen, maar dan moet je advertenties bekijken, of je kunt ze krijgen tegen betaling van € 0,99 en dan ben je van die advertenties verschoond. Dus het marktmodel bestaat wel, maar niet voor de zoekmachines. Zoals vandaag eerder al gezegd is, dat marktmodel moet je creëren als je dat zou willen, door bepaalde privacy-instellingen zo te regelen dat het niet anders kan. Dat je je businessmodel ervan moet maken om ongewenste advertenties te kunnen weigeren.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Maar ziet u daar een rol voor de Europese wetgever?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Zazeker. Digitale inhoud is op dit moment in bijna geen enkele lidstaat van de EU geregeld. Nederland is daar een kleine uitzondering op ten aanzien van het downloaden van apps. Een grotere uitzondering is het Verenigd Koninkrijk, maar buiten die twee landen is er eigenlijk helemaal niets. Dat betekent dat als je tot eenvormige regelgeving in Europa zou willen overgaan, dat dit hét moment is, voordat alle lidstaten aparte regels gaan ontwikkelen, die allemaal weer aangepast zouden moeten worden aan de nieuwe Europese regels. Dus hoe sneller dit Europees wordt aangepakt, hoe profijtelijker het is voor zowel consumenten aan de ene kant en ondernemingen aan de andere kant.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Bent u het daarmee eens?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Met het laatste punt in elk geval wel. Het rapport waaraan Marco Loos heeft meegeschreven, was daar een eerste aanzet toe. De Europese Commissie heeft het voor een deel opgepakt en daar ben ik al blij mee. Ik snap ook wel

dat uit politieke overwegingen niet alles rondkwam, maar ik geef toe, het is jammer dat ze niet hebben kunnen doorpakken.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik zou aan Marco Loos willen vragen, u heeft ideeën over het heroverdenken van de wederkerige overeenkomst voor de digitale werkelijkheid. Wat moet ik mij daarbij voorstellen?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Ik zei zojuist dat betaling bij digitale inhoud vaak plaatsvindt in de vorm van het geven van persoonsgegevens. Dat is een hele andere manier van betalen dan wij in het contractenrecht gewoon zijn. Dat levert natuurlijk ook problemen op als je zegt: ik ben niet tevreden over de digitale inhoud die ik gekregen heb, ik wil van het contract af. Wat betekent dat dan? Normaal gesproken zou het betekenen dat je het product terug moet geven en in ruil daarvoor krijg je je aankoopprijs terug, maar je aankoopprijs zijn de gegevens die al van jou waren. Dus wat valt er terug te geven? Betekent dat dat de app provider bijvoorbeeld die persoonsgegevens zou moeten wissen? Wat betekent dat voor alle informatie die zij doorverkocht zouden hebben aan anderen op grond van die fictieve toestemming waar iedereen op klikt? Wij weten eigenlijk niet hoe wij daarmee om moeten gaan op dit moment. In het voorstel van de Europese Commissie wordt daar wel een aanzet toe gegeven, maar ik denk niet dat dat het eindverhaal is.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Eric Tjong, bij het lezen van uw preadvies heb ik mij zitten afvragen, waar missen wij nou datgene waar u voor pleit, erkennen van digitale activa in het privaatrecht. Waar mis ik dat het meest, waar merk ik dat? Waar loop ik tegenaan nu het er niet is of haperend?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Ik heb geprobeerd dat voor de lunch kort aan te geven. Voor mijn gevoel is het belangrijkste dat je je data, foto's en dergelijke dingen, niet kunt terughalen, in het bijzonder in faillissementssituaties. En die gevallen komen nu al voor. Een bedrijf heeft bijvoorbeeld zijn volledige administratie in de cloud zitten. De cloud provider gaat failliet. Dan kun je niet meer bij je administratie, tenzij je de curator een bedrag betaalt. Als je dat niet doet, ga jij ook failliet.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

En kan de jurist hierbij helpen?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

In de praktijk zie je dat rechters dan niet redeneren op basis van goederenrecht, want data erkennen als goed zou een stap te ver zijn. Ze oordelen dan dat dit onredelijk gedrag van de curator is. En op die manier bereiken ze eenzelfde resultaat. In veel gevallen bereik je via omwegen een vergelijkbaar resultaat. Daar kan ik mee leven, maar theoretisch gezien is het eigenlijk beter om door te pakken en te erkennen dat je data behandelt als een goed.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

En moet in eerste instantie de rechter door de analogie toe te passen eerste hulp verrichten?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Nou, niet *moet*. De rechter *doet* dat en dat is ook inderdaad passend bij zijn taak, een rechtvaardige oplossing zoeken. Maar ik denk daarnaast dat er een taak voor de wetenschap ligt. Marco Loos deed dit in zijn onderzoek bij een bepaald deel van de vragen. Ik heb ook geprobeerd een deel op te pakken. Daarmee voed je de praktijk die het idee krijgt: hier zit iets in, of: dat is niet toelaatbaar. En op die basis kunnen we ervaring opdoen, zodat er een goede wettelijke regeling kan komen, hopelijk op Europees niveau.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Hoe zou dit eigenlijk moeten werken waar de meeste mensen zich niet bewust zijn van het recht en eigendom niet iets is, ja, wel als je fiets gestolen is, maar je digitale eigendommen definiëren mensen voor zichzelf niet. Je zou aan de ene kant het moeten regelen, wellicht via de wetgever en via jurisprudentie, maar hoe zou je burgers zich bewust moeten maken van dat eigendom?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Dit soort dingen zijn vaak ook sociale leerprocessen. Dit kan men zien als men discussiefora leest, waar mensen vragen hoe het zit bij dergelijke onderwerpen. Voor juristen zijn die discussies heel instructief, want dan zie je niet-juristen discussies voeren over dat soort begrippen. Ik meng mij daar niet in, want anders kleur je de discussie. Je ziet dan dat de deelne-

mers ook dingen zeggen als: dat is dom, dat jij al je foto's uploadt zonder back-up, dat moet je niet doen..je weet toch dat je alles kwijt bent. Dus gewone mensen beseffen vaak ook best dat er iets mis kan gaan en dat je daarvoor moet opletten.

Ik vind wel dat je als jurist ook moet proberen te zorgen dat mensen geholpen worden, daar ging het eerste preadvies ook over. Maar je ziet dat mensen wel steeds meer leren: pas op, dit moet je niet zomaar doen. Ze zeggen: als je Facebook toestemming geeft, kan Facebook alles met je data doen. Of: de website heeft haar voorwaarden aangepast, ik haal alles weg van de website. Ook krantencolumnisten dragen daar aan bij. U ziet waarschijnlijk bij uw collega's ook weleens dat iemand denkt: wacht, ik heb hier een vreemde ervaring, ik zet het in de krant, daar leren mensen van. Dus zo groeit het maatschappelijk bewustzijn toe naar hoe het recht zou moeten zijn. Maar het is natuurlijk wel fijn als wij er goed over nadenken en we alvast een paar ongelukken weten te voorkomen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Maar gaat u met uw pleidooi eigenlijk niet tegen de trend in, want de grote softwareleveranciers willen je een abonnement verkopen en niet een pakket. Ik herinner mij een tijdje geleden dat Amazon gewoon een e-boek terughaalde. Hoe was dat ook al weer?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Precies, Amazon had de rechten niet goed geregeld en toen werd het e-boek teruggenomen. Een collega van mij maakt zich ook druk om een nieuwe praktijk, Marco Loos refereerde daaraan: je koopt tegenwoordig apparaten die met latere firmware updates worden aangepast. Het idee is dat je er extra functies verkrijgt, dat is leuk. Maar laatst gebeurde er het volgende met een Philips televisie. De fabriek was door Philips verkocht en de nieuwe eigenaar had geen licenties meer voor sommige functies, zodat die functies werden weggehaald, terwijl je het apparaat natuurlijk kocht voor de functies die het heeft. Dit is verbintenisrechtelijk, goederenrechtelijk nog nooit vertoond. Ik weet ook nog niet hoe je dit moet oplossen. Dit voorbeeld geeft aan dat dingen aan het schuiven raken, dat geeft ook aan dat het urgent is dat wij toch over de ontwikkelingen gaan nadenken en niet moeten geloven dat het zich vanzelf oplost.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Hoe is het met het eigendom van mijn persoonlijke levenssfeer als ik een Samsung televisie in de kamer aan heb staan en ik met lelijke taal mijn huisgenoten toespreek, van wie is die informatie?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Dat is dus de lastige vraag naar eigendom van informatie, en ik heb, zoals veel wetenschappers doen, aangegeven dat deze vraag lastig is om te beantwoorden.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Dat is op zichzelf wel verontrustend.

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

In mijn preadvies heb het voorbeeld gebruikt van data verzameld door je auto, dat is vergelijkbaar. De leverancier van het apparaat probeert te zorgen dat de data daarin wordt verzameld met het argument: dat hebben wij nodig om het apparaat te verbeteren en analyses uit te voeren. Dat is geen onzin, maar het is natuurlijk ook wel handig voor henzelf als zij de data zouden krijgen. Jij als privépersoon denkt: het is mijn data, want het gaat over mij. En daarnaast, ik heb het apparaat gekocht, dus waarom zou het niet mijn data zijn? Als ik een document op mijn computer tik, dan weet ik toch ook dat het resultaat van mij is en niet van Apple of Microsoft.

Hier zie je dus opnieuw dat de verwachtingen van bedrijven en consumenten uit elkaar lopen. Omdat je niet meer op je gezond verstand kunt vertrouwen is er een ander evenwicht nodig. Meer voorlichting aan consumenten zou helpen. Je moet er zelf natuurlijk ook beter over nadenken, maar ook bedrijven zouden misschien meer moeten waarschuwen: weet wel, dit doen we met de data, dit gebeurt er. Als een bedrijf niet durft te vertellen wat het gaat doen, is dat misschien een reden om aan te nemen dat er iets niet klopt. En dat zien we vaker in het recht. Als je onverwachte dingen gaat doen, dan moet je daar duidelijk voor waarschuwen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik wil mijn fout niet nog eens herhalen, dus iedereen in de zaal die iets zeggen wil, ruim de kans geven.

De heer mr. W. Loof, wetenschappelijk medewerker Hoge Raad

Ik ben wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad. Ik hoorde u in uw praatje zeggen, als iets waarde heeft en het wordt overgedragen, dan moeten wij dat goederenrechtelijk of in ieder geval analoog aan het goederenrecht regelen, maar er zijn natuurlijk heel veel dingen in de wereld die veel waard zijn en die elke dag worden overgedragen, maar waar het goederenrecht geen enkele betrekking op heeft, zoals elektriciteit. Je zou kunnen

zeggen dat dit goederenrechtelijk niet geregeld wordt. Ik denk aan know-how, goodwill wordt overgedragen en daar heeft het goederenrecht voor zover ik kan overzien, minder mee te maken. U geeft twee voorbeelden waarom het van belang zou zijn om analoog het goederenrecht toe te passen op digitale inhoud. Een voorbeeld is het filmpje dat wordt gemaakt door het vriendje, passen wij daar analoog eigendom op toe, dan zouden wij zeggen, de zaak wordt gevormd door het vriendje en de digitale inhoud is dus eigendom van het vriendje, in hoeverre beschermen we dan de privacy van de vriendin? De foto's die online door een databank worden bewaard, gaan verloren. Dat kun je volgens mij gewoon via de overeenkomst met die bewaardienst oplossen. Zelf heb ik met professor Van Erp hier een stukje over geschreven en wij zijn eigenlijk tot de conclusie gekomen dat digitale inhoud niet in het economische verkeer vrij circuleert, omdat het wordt gelicentieerd door de intellectuele eigendomshouder, waarbij je niet kunt zeggen dat de eigendom van de digitale inhoud wordt overgedragen. Het UsedSoft- arrest waarin dat door het Hof van Justitie is besloten, heeft maar heel beperkte toepassing in de praktijk.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Welke vraag zou u hieraan willen verbinden?

De heer mr. W. Loof, wetenschappelijk medewerker Hoge Raad

Vooral die laatste opmerking, is het niet beter om die licentie te verabsoluteren en zodoende de bescherming te bereiken die nodig zou zijn.

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Een goede vraag. Voor het punt over de energie wil ik graag naar Marco Loos verwijzen, omdat die daar dieper over heeft nagedacht in zijn proefschrift uit 1998. Wat betreft het voorbeeld dat u noemde waar het goederenrecht misschien niet goed kan worden toegepast: u heeft het over natrekking. Dat zie ik als een argument ten gunste van wat ik betoogde, namelijk dat de volledige vereenzelviging van data aan goederen niet wenselijk is vanwege dit soort problemen. Ik zou geneigd zijn te zeggen, met mijn handen-en-voeten kennis van het goederenrecht, dat je in wezen een constructie zou willen die lijkt op het opstalrecht, zodat data niet nagetrokken wordt. Maar dat zeg ik dus zonder daar dieper over te hebben nagedacht. Het ondersteunt in elk geval dat je voorzichtig moet zijn om over de hele linie de normale zakenrechtelijke constructies te gaan toepassen.

Wat de licentie betreft, daar roert u een lastig punt aan dat ik heel kort heb genoemd. Wij zitten er nog steeds mee te worstelen of je licenties als een soort verzelfstandigde zaak moet gaan beschouwen. Ik heb gesugge-

reerd dat data inderdaad zo werkt. Als je een licentie verkrijgt op een eigen kopie van data, dan kun je er feitelijk alles mee alsof je eigenaar bent, als er verder ten minste geen IE-recht meer op rust. Men beseft inderdaad niet dat een licentie de data eigenlijk verzelfstandigt. Dat steunt wat ik zeg, namelijk dan ga je data dus behandelen als een zaak. Of je dat nou onder de vlag van licentie wilt of als een semi-onstoffelijk zaakachtig iets, is mij persoonlijk om het even, al begrijp ik ook dat deskundigen in het goederenrecht daar duidelijk stelling willen nemen. Misschien kan Marco iets zeggen over elektriciteit.

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Meer algemeen, ‘if it talks like a duck, if it walks like a duck, chances are it is a duck’. Dat geldt voor elektriciteit, dat geldt voor digitale inhoud. Het functioneert in het maatschappelijk verkeer als een zelfstandig object. Of je dat nou een zaak of goed noemt, dat is technisch-juridisch voor juristen mooi om over na te denken, maar voor de praktijk maakt dat niets uit. Wij moeten zorgen dat het recht zich aanpast aan de maatschappij, in plaats van andersom. Als wij nu zeggen, de licentie is de kern waar het om gaat, dan accepteren wij dat de praktijk van de grote jongens – grote meisjes zijn er op dit punt geloof ik niet eens – zoals Google en vroeger IBM dat inmiddels door de Chinezen is opgeslokt – hun eigen rechtssysteem vormen. Zij zorgen ervoor dat hun belangen goed worden gediend. Op het moment dat je zegt: we behandelen digitale inhoud en elektriciteit als zaken in het maatschappelijk verkeer – voor bijzondere zaken kunnen we eventueel uitzonderingen maken waar dat nodig is vanwege het goederenrecht –, dan kan ook het contractenrecht daar beter mee omgaan. Wij zijn eigenlijk al sinds 1886 aan het worstelen met de vraag hoe wij met elektriciteit moeten omgaan. Inmiddels hebben wij op een aantal plaatsen in het BW geregeld dat elektriciteit wordt behandeld alsof het een zaak is. Dat is een stap vooruit. Dat doen wij bij het productaansprakelijkheidsrecht en bij de consumentenkoop. Waarom doen wij dat bij de consumentenkoop? Omdat de leveranties daar in handen zijn van bedrijven. Toen al die bedrijven nog overheidsbedrijven waren, dachten we: dat zal wel in orde zijn. Die gedachte hebben we niet meer sinds de liberalisering van de energiemarkt. Waarom zouden wij die gedachte wel moeten hebben bij ondernemingen als Google? Zouden die *ons* belang gaan dienen? Ik denk dat ze gewoon bezig zijn met het dienen van hun eigen belang. Juist om het makkelijker te maken om daar contractuele regels over te maken en die vervolgens ook zodanig vorm te geven dat daarmee de afnemer voldoende kan worden beschermd tegen misbruik door de andere partij, heb je de erkenning van elektriciteit aan de ene kant en digitale inhoud aan de andere kant als zaak in de zin van het recht nodig. Schrap dus het woord ‘stoffelijk’ in artikel 3:2 BW. Ik ben het helemaal met Drion eens in het commentaar in het NJB

op het preadvies van Eric: schrap dat, en voeg zo nodig toe uitzonderingen op het gebied van het goederenrecht waar dat nodig of wenselijk zou zijn. En om nog een aanvulling op dit punt toe te voegen: zorg wel dat je dan vervolgens goed kwalificeert. Als je alleen maar zegt: haal dat woord ‘stoffelijk’ weg en behandel het als zaken, dan kom je al snel bij de vraag: hoe moet je dan omgaan met een virtueel huis? Is dat nou een roerende zaak of een registergoed? Dat zou je natuurlijk een roerende zaak, niet-registergoed moeten maken.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Nu u het toch over de grote jongens had, hoe zou u het preadvies lezen als u denkt over de Europese en internationaalrechtelijke verhoudingen? Bent u dan tevreden of zou u er iets op aan te vullen hebben?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Ik zei zojuist al dat ik denk dat het goed is als hier een Europese regeling voor komt. Er is nu een ontwerp-richtlijn en ik denk dat die ook de eindstreep wel zal halen, en vermoedelijk ook wel vrij snel. Ik verwacht eigenlijk dat daar aan het einde van het jaar politieke overeenstemming over zal zijn, in ieder geval over de hoofdlijnen. Ik denk dat op het moment dat wij die Europese regeling hebben, wij als Europa een stuk sterker staan ten opzichte van Amerika en de producenten daar. Dus ook in dat opzicht zou het een goede stap vooruit zijn.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

En is er een beweging in die richting of is dit een schone wens?

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Dat richtlijnvoorstel is er en wordt in het algemeen vrij positief onthaald in Europa. Ik denk dat het niet lang gaat duren.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Bent u het daarmee eens?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Marco zit beter in de Europese politiek en heeft daar een scherp oog voor, dus ik ben geneigd zijn inschattingen te volgen. Ik heb er wel een kantekening bij. Op andere gebieden zie je dat Amerika nog steeds wat voorloopt

op de EU. Om een of andere reden is men daar alerter op bepaalde ontwikkelingen en maakt daar regelingen voor. Niet erg systematisch, dat stoort ons natuurlijk als *civil law* juristen, maar ik noem een paar voorbeelden in het preadvies. Digitale uitputting hadden ze al veel eerder erkend. Ze zijn nu bezig met een regeling voor digital assets, dat wil zeggen de activa na het overlijden en zo. Dat vind ik allemaal blijk geven van een scherper inzicht dan in Europa. Dat betekent niet dat Europa altijd achterloopt, zo'n minderwaardigheidscomplex hoeven wij ook niet te hebben. Ik denk dat het mooi is dat er twee machtsblokken zijn die elkaar soms overtroeven, maar ook proberen lering van elkaar te trekken.

Mag ik nog even terugkomen op een punt dat was blijven liggen? Over meerpartijenverhoudingen en duurovereenkomsten. Het simpele antwoord is dat ik daar niet diep over heb nagedacht in het preadvies, ik had genoeg andere dingen te behandelen. Maar er is een dieperliggende reden om niet die weg in te slaan. Mijns inziens is de erkenning van data als een goed (en ik hoor Marco eigenlijk hetzelfde erkennen) een deel van de oplossing. Je bereikt geen oplossing door allerlei mogelijke meerpartijenverhoudingen te gaan behandelen. Dan heb je een wetboek met miljoenen artikelen nodig. Beter is om een paar elementaire brokstukjes te regelen zoals 'goed' en 'contractuele bescherming'. Als je dat goed doorrekent, kun je daarmee ook de meerpartijenverhouding heel redelijk oplossen. Ik vermoed dat in zo'n aanpak met elementaire begrippen eerder de wenselijke oplossing ligt, dan in het heel diep te gaan zitten nadenken over de ongelofelijk complexe verhoudingen die je gaat krijgen tussen verkoper, leverancier van software, de leverancier van de telefoon die ook de software heeft aangepast en wat er allemaal plaatsvindt. Dat wil je gewoon niet weten. Dat wil met name de consument niet weten. Die wil gewoon zijn data.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik heb ter afsluiting aan u beiden een vraag vanuit mijn eigen onnozelheid gesteld. Hoe ziet u voor zich dat – wij hebben het nu over de privaatrechtelijke kant van digitale zaken gehad – hoe een privaatrechtelijke beschermingswens van je privacy zou kunnen zwaluwstaarten met het eerste preadvies en de gerechtvaardigd belangafweging? Kan het een het ander ondersteunen?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Ik heb dat vrij algemeen geschetst in het preadvies en ook in de presentatie voor de lunch. In het contractenrecht is de toestemming niet de oplossing, maar het *probleem*. Dat maakt ons er alert op dat het niet iets eenduidigs is of je toestemming hebt gegeven. We hebben in de loop der tijd een hoop instrumenten ontwikkeld om de lastige gevallen, zoals toestemming die

dus net goed is gegeven, proberen weer te corrigeren. Een voorbeeld is forumkeuzebedingen. De overeenkomst zegt dan bijvoorbeeld dat als je een proces wilt voeren tegen Google, dat je naar de Amerikaanse rechter moet. Sommige forumkeuzes mogen überhaupt niet binnen de EU. Maar sommige forumkeuzebedingen kunnen wel, mits dat heel duidelijk afzonderlijk is aangegeven en niet in algemene voorwaarden verstopt. Er wordt dus al een onderscheid gemaakt tussen de blanket toestemming voor simpele zaken en dingen die belangrijk zijn en dus apart moeten worden aangegeven. Dit onderscheid is ook door Lokke Moerel verdedigd voor bepaalde privacy-kwesties.

Ik denk dat je bij dat voorbeeld kunt aanhaken en je niet in een gat valt waardoor je zou zeggen: dat past niet binnen het privaatrecht. Integendeel, er zijn allerlei genuanceerde mogelijkheden. Wij kennen bijvoorbeeld dwaling. Je hebt toestemming gegeven, maar dat blijkt niet de bedoeling te zijn geweest, de wederpartij had beter moeten voorlichten. Je hebt de informatieplicht, de zorgplicht, die in wezen inhouden dat je meer moeite moet doen om te zorgen dat iemand werkelijk begrijpt wat er aan de hand is. Dus het instrumentarium is al gereed, alleen wordt het tot nu toe niet toegepast op deze sector. Dat lijkt mij een stap die er een is voor de toekomst.

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Ik denk dat Eric daar groot gelijk in heeft. Toestemming betekent op dit moment helemaal niets. Het heeft geen betekenis ten aanzien van die cookies waar wij het eerder over hadden of ten aanzien van het aanvaarden van algemene voorwaarden of wat daar ook in staat. Mensen lezen die dingen niet, en daar hebben ze groot gelijk in. In zijn preadvies zegt Eric ook dat er eigenlijk veel meer voorbeelden op de zwarte en grijze lijst moeten komen ten aanzien van de digitale wereld, en ik denk dat hij daar groot gelijk in heeft. Daar kunnen wij nog stappen zetten. Wij hebben het instrumentarium, maar wij moeten vooral niet blijven hangen in de ouderwetse gedachte van wilsovereenstemming als dat betekent dat als ik maar ja zeg, ik alles heb geaccepteerd. Dat is iets van niet eens de vorige eeuw, maar de eeuw daarvoor.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Wie heeft hier nog een voetnoot, een slotaccent?

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Ja, ik leg nog graag iets voor aan Eric en Marco. In plaats van te denken in termen van is het een goed of niet, los van de vraag of het een zaak zou

zijn, ik zie het veel meer als of het een product of een dienst is. Op het moment dat je over data gaat praten – en dat heeft te maken met die duur-overeenkomst – dan zijn er allerlei diensten die je aankoopt. Dat kan te maken hebben met toegang tot de data, met gebruik van de data, dan ben je van het hele complexe theoretische gekunstelde gedoe over goederen verlost, maar je kunt wel een heleboel regelen. Ik denk ook aan productaansprakelijkheid, hoe die zich verhoudt tot het leveren van diensten, dat heb ik niet direct op het netvlies. Is dat een oplossing?

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Nee, het is gewoon de vertaling van een probleem in een andere term. Een product moet je inderdaad onder het kooprecht brengen, dat gaat in principe over zaken. De titel inzake koop geeft dan de precieze regels. Diensten vallen onder de overeenkomst van opdracht. Maar dat geeft heel weinig regels, zodat we verder van huis zijn. Het is bijvoorbeeld juist niet duidelijk of productaansprakelijkheid ook van toepassing is op diensten, precies die vraag wordt regelmatig gesteld. Met andere woorden gebruiken vermijd je het probleem niet, je maakt het alleen nodeloos ingewikkelder.

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Nodeloos complexer, maar ik denk ook dat je het erger maakt omdat wij voor het kooprecht, als wij het als een zaak beschouwen, duidelijke regels hebben. Over diensten bestaat vooral veel onduidelijkheid. Wij hebben de overeenkomst van opdracht en de aanneming van werk. In Nederland is dat nog enigszins gereguleerd, in de meeste andere landen helemaal niet. In Nederland hebben wij op sommige deelgebieden een klein beetje dwingend recht, maar voor het grootste deel aanvullend recht, dus partijen kunnen alles afspreken wat zij zouden willen. Je creëert nieuwe problemen in plaats van dat je ze oplost door het anders te kwalificeren.

Mevrouw prof. mr. M. Hildebrandt, preadviseur

Oké, een laatste voetnootje. Op het moment dat je zegt dat het een goed is en je zegt tegelijkertijd dat het niet exclusief is, wat de Engelsen non-rivalrous noemen, dan ben je volgens mij met iets heel gekunstelds bezig in termen van goederen en koop. Als je zegt, het is een dienst, dan kun je het contractueel regelen zonder alle ingewikkeldheden die aan het goederenrecht kleven die bij data helemaal niet aan de orde zijn, want die werken zo niet.

De heer prof. dr. M.B.M. Loos, panellid

Dat zou werken op het moment dat je te maken hebt met twee min of meer gelijkwaardige partijen. Dat heb je op deze markt helemaal niet. Er is een partij die de macht heeft en de andere partij heeft alleen maar ja of nee te zeggen, en dan maakt het niet uit of die partij een consument is, een kleine ondernemer of zelfs een grote ondernemer, want ook die heeft niets of nauwelijks iets in te brengen tegen die grote giganten.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

We hebben nog tijd voor een laatste vraag.

**De heer mr. E.D.C. Neppelenbroek, universitair docent privaatrecht
Rijksuniversiteit Groningen**

Ik ben Universitair Docent Privaatrecht bij de Rijksuniversiteit Groningen. Ik wilde graag zo gekunsteld mogelijk u vragen het goederenrecht heel erg goed in de gaten te houden, bijvoorbeeld in geval van faillissement. Ik wil hier heel kort een vergelijking maken met een cliënt van een bank. Bij het arrest Teixeira de Mattos zeiden mensen, daar liggen mijn effecten, maar ze konden niet bewijzen dat ze van hun waren en daarmee visten zij achter het net. Ik denk dat het arrest Berzona iets vergelijkbaars oplevert voor rechthebbenden op data voor zover je ze zo kunt noemen. Als je offline iets gedownload hebt en dan ook op de manier van koop, dus je hebt een in tijd onbepaald recht gekregen, dan zit je redelijk veilig, want dan zou de curator van alles moeten uithalen om mijn data terug te krijgen, maar als het gaat om een online abonnement, dan zegt de curator knip en dan is het afgelopen met mijn toegang tot die data. Om de vergelijking met de bank iets verder te trekken, is het in feite niet zo dat die online relatie niet door en door verbintenisrechtelijk is? Er is geen uitputtingsregel en wat mij betreft ook geen mogelijkheid om het kooprecht van toepassing te verklaren en er is geen positie in faillissement. Is het dan niet zo dat – en dat vraag ik graag aan de preadviseur – niet zozeer de oplossing moet worden gezocht in het privaatrecht, maar net zoals in de bankenwereld, misschien ook of misschien juist in het publiekrecht zoals in de Wet giraal effectenverkeer is gebeurd en ook in de toezichtregelingen.

De heer prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, preadviseur

Ik vind het een hele intrigerende suggestie waar ik eerlijk gezegd bij het schrijven van het preadvies in de eerste verte niet aan heb gedacht. Het lijkt inderdaad een mogelijkheid data op die manier in feite een status aparte te geven door een regeling te construeren waarin je een soort bewaarder

hebt en dan de type claims reguleert die je op de bewaarder hebt om iets terug te krijgen. Het is mogelijk dat dit in bepaalde gevallen van data werkt. Maar ten eerste werkt het denk ik niet voor alle gevallen. Er zijn teveel verschillende gevallen waar je geen duidelijke bewaarder kan aanwijzen of die constructie niet werkt. Die gevallen blijven dan nog steeds ongeregeld. Ten tweede, als je dat doet heb je nog steeds goederenrecht, alleen een bijzonder goederenrecht voor dit soort gevallen. Voor zover ik weet is het bij een bankrekening nog steeds de vraag wat de status van de bankrekening precies is. Een collega van mij die beter in het financiële recht zit betoogt dat je veel dingen die in het goederenrecht zitten verbintenissenrechtelijk kunt behandelen. Uiteindelijk moet je gewoon aangeven hoe je daarmee omspringt. Dus ook al zou je bij data werken met een constructie van bewaring, dan kun je zeggen dat het om een quasi goederenrechtelijke claim gaat of een claim die op gelijke voet wordt behandeld als een goederenrechtelijke claim. Dan bereik je ook wat ik hoop te bereiken, namelijk dat er duidelijkheid komt over waar je staat.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Goed, ik denk dat wij er nog niet helemaal uit zijn, maar wel een stukje verder zijn gekomen en dat het nu tijd is om over te gaan naar het vierde preadvies. Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd? Het leest als een crimi, het is een inventaris van risico's die wij allemaal herkennen en waarvan er maar weinig zijn waarbij je denkt, nou, nou, overdrijven ze niet? Wij zouden er de hele middag over kunnen praten, want het gaat uiteindelijk over de vraag of grondrechten door eentjes en nullen gewoon weggeblazen kunnen worden. Om daarover een eerste aftrap te doen, is achter de tafel Marlies van Eck gaan zitten. Zij werkt aan een proefschrift over rechtsbescherming bij geautomatiseerde besluiten in ketens in de sociale zekerheid en belastingsector aan de Universiteit van Tilburg. Zij doceert bestuursrecht in Tilburg en zij houdt een blog bij over ICT en bestuursrecht en zij werkt bij de Belastingdienst, maar daar gaat zij vandaag niet het woord voor voeren. Geen vragen over blauwe brieven en ingevulde aangiften. Marlies, wat is voor jou de rode draad in dit rijkgeschakeerde preadvies?

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

De rode draad – en Leo Damen zou zeggen, wij zitten hier allemaal te doen alsof wij het begrijpen – die in het preadvies is blootgelegd is Numérique'. De Franse term is, sorry Gerrit-Jan, niet 'digitale' (ik heb het voor de zekerheid net even gecheckt bij Egbert Myjer). Er is een Verklaring voor de Rechten van de Mens, de digitale mens, en die wordt genoemd de l'Homme numérique. Voor mij was dat wel een eyeopener en waarom? 'Digitaal'

zijn wij gewoon zo gewend te gebruiken. Wij weten eigenlijk niet meer waar het voor staat: maar het gaat gewoon om rekenen! En rekenen is niet iets wat wij juristen heel erg graag doen, als wij het al zouden kunnen. Het gaat dus om enen en nullen. Wij mensen worden enen en nullen, en die enen en nullen worden weer in de systemen van enen en nullen gezet. Ik denk dat de grote meerwaarde van dit preadvies is, dat die motorkap is opengegaan en dat wij als gewoon burger zien waar dat toe leidt als dat gebeurt.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Gerrit-Jan, ben je met deze samenvatting een beetje tevreden of zou je nog een of twee punten willen aanvullen waar je de aanval echt wilt inzetten?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik kan mij wel vinden in de metafoor van de motorkap. Als wij dan ten minste wél uitgaan van een moderne auto, een auto die dit jaar of vorig jaar is geproduceerd, en dus niet een oldtimer waarvan de werking nog redelijk te begrijpen is. Ik geloof dat het van de week nog in het nieuws was. Er is sprake van een probleem met technische opleidingen en vooral waar het gaat om de opleiding tot automonteur. De software in moderne auto's wordt frequent geüpdatet. En daardoor is het voor opleidingen niet meer mogelijk om de automonteurs af te leveren die een auto, of de software daarvan, nog goed begrijpen – monteurs die de motorkap kunnen openen en begrijpen wat daar gebeurt. Die metafoor vind ik zonder meer van toepassing.

Als ik kijk naar digitalisering, dan is mijn gevoel dat de overheid, zoals wellicht ook de rest van de wereld, nog niet goed begrijpt wat dat behelst. Het is nog niet goed mogelijk om het veilig te maken. Wij kunnen wel doen alsof, maar de incidenten die wij hebben gezien, duiden op een meer structureel probleem. De overheid heeft problemen om leveranciers te vinden die digitalisering goed kunnen vormgeven. Daar zijn talloze voorbeelden van. Ik weet niet eens of wij het hebben genoemd in ons preadvies. Wij hebben verwezen naar de Commissie Elias. En uit het rapport van die parlementaire commissie komt het voorbeeld van het UWV. Deze uitvoerinstelling probeert een website te bouwen en daaraan heeft het geloof ik honderden miljoenen besteed, en het werkt nog steeds niet. Dit gaat niet om zomaar een website, maar een website die nodig is om als werkzoekende geregistreerd te worden. Het blijkt allemaal heel ingewikkeld om dat goed te regelen.

En ik heb het nog niet gehad over de problemen bij de belastingdienst met de toeslagen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Jij mag er wel over praten.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik heb drie dingen opgenoemd: het waarborgen van de toegankelijkheid van de digitale overheid is ingewikkeld: de beveiliging is ingewikkeld en zo ook het laten bouwen van de systemen waarvan de digitale overheid gebruik maakt is. Het blijkt niet mee te vallen een aanbieder of leverancier vinden die dat voor de overheid binnen acceptabele tijd en voor een acceptabel tarief kan realiseren.

Ik heb het nog niet eens gehad over de machtsverschuivingen. Die zouden op zichzelf al rechtvaardigen dat we een hele middag daarover met elkaar spreken.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Machtsverschuiving van?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Er verschuift macht van de burger naar de overheid. Door digitalisering. Wij hebben dat uiteengezet in de paragraaf van ons preadvies over het evenwicht en het overheidsgegevensgebruik. Wij noemden de digitale dwangbuis. Wie digitaal aangifte moet doen heeft er al mee te maken.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Dat is natuurlijk de vervolgvraag. Wij in het bestuursrecht -en bestuursrecht is niet voor nietjes heb ik laatst ontdekt toen de halve klas die ik les aan het geven was, zat te zuchten en te steunen en dat zij dolgraag weer naar strafrecht wilden- we moeten het er toch over hebben, Gerrit-Jan: hechten aan de Algemene wet bestuursrecht. Dat is onze wet, ons BW, onze bijbel, daar kijken wij graag in. Daar wordt weinig aandacht aan besteed. Kan het dan zijn dat jullie zeggen: dit onderwerp leent zich eigenlijk niet meer voor opname in een Awb of een algemeen onderwerp? Dan denk ik zelf aan het voedselrecht of telecomrecht. Vakgebieden die zo specialistisch zijn dat ze belegd zijn bij aparte rechters met aparte wetgeving. Als je nu onder de motorkap hebt bekeken, waarbij je zegt 'de burgers zijn digibeten, de bestuurders hebben er helemaal geen kaas van gegeten', dan zou je toch denken, gaat die rechter dat dan wél begrijpen? Moeten we dan niet naar iets toe van meer specialisme? Of zeg je, nee, die Awb moet dan gewoon gemaakt worden voor wat wij nu hebben aangetroffen?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Wat dat betreft kan ik mij ook wel vinden in de bespreking van ons preadvies in het NJB. Ik geloof niet dat de Awb enorm tekortschiet als zodanig. Ik denk wel dat een overheid die zegt, ‘digitaal tenzij’, wat waar te maken heeft. Uit de drie punten die ik zo even noemde blijkt dat men bij de overheid nog niet zo ver is. En dan is het uitgangspunt ‘digitaal tenzij’, toch wel wat brutaal. Of te overmoedig. Misschien moeten wij deze digitalisering niet te snel willen doen, omdat wij nog niet goed begrijpen wat wij aan het doen zijn. Misschien, en het is haast een retorische vraag, moeten er mogelijkheden van niet-digitale kanalen worden opengehouden worden. En moet de overheid de papieren formulieren toch maar erin houden.

De burgers moeten ervan worden overtuigd dat het niet leuker maar wel gemakkelijker is om van die digitale weg gebruik te maken. Maar wie dat niet wil, mag voorlopig ook nog van papier gebruik blijven maken. Misschien, als wij over vijf jaar die digitalisering op orde hebben, kunnen wij eens gaan nadenken over ‘digitaal tenzij’.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Maar dit gaat nog over de echte aanvraag en zo. Maar er is meer bij de overheid. Wij kennen allemaal Google: als u zo meteen iets intypt, bijvoorbeeld ‘Egypte’, dan worden de resultaten per persoon verschillend. Ik krijg zelf allemaal dingen over opstanden en mensenrechtenschendingen en mijn man krijgt leuke duikvakanties als hij zoekt op Google. Die staat iets vrolijker in het leven. Stel dat de overheid dat nou ook gaat doen, dus er komt een website, dit heb ik gehoord van een gemeente op een bijeenkomst, waarop men aan de hand van het IP-adres direct wil gaan ‘targetten’. Dus als iemand gaat inloggen, dan wil men zien, oh, het is een ondernemer, handig, ik geef hem allerlei informatie over ondernemen. Even doordenkend kan het best wel zijn dat je zegt, ‘hé, daar heb je die burger weer. Die heeft dit jaar al twee keer bezwaar gemaakt, die bezwaarbutton laten wij even weg op de website.’ Dat zou heel veel opleveren. Dan kan hij hem niet zo snel vinden, dus die intuïtie hebben wij er al mooi uitgewerkt. Dan is vervolgens de vraag, komen we dat te weten en als wij het te weten komen, kunnen wij dit bestuursrechtelijk aanpakken? Die website met algoritmen en data; wat zou jouw oplossing zijn voor de feitelijke uitvoering van de overheid op dit vlak?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik heb het gevoel dat dit al snel in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel. Als de ene belastingplichtige de éne website krijgt te zien en de andere een

andere... ik heb het gevoel dat je daar bij een bestuursrechter wel moet kunnen uitkomen.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Maar je hebt geen besluit.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Dan heb je nog altijd wel een civiele rechter. Wij kunnen altijd naar de rechter. Maar ik vind dát niet een excuus om slecht systeemontwerp toe te staan. Dat je later naar de rechter kunt, tot je dienst. Maar van een overheid die bezig is met zich digitaliseren mag je verlangen dat ze zoveel mogelijk van tevoren ervoor zorgt dat het niet fout kán gaan. In de vorige sessie werd zo-even gesproken over de rechter als eerste hulp. Maar voorkomen is beter dan genezen. Dus laten wij proberen het van tevoren goed te doen. En daarbij gaan wij er met de Awb niet komen. Dat moet in de wetgevings- of beleidprocessen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Marlies, wat vond je van deze en de vorige opmerking van Gerrit-Jan dat de overheid misschien een afkoelingsperiode en ingroeiperiode moet inlassen en daarna pas ‘digitaal tenzij’ afkondigen.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Ik denk dat het altijd moeilijk blijft. Die wachttijd gaat niet helpen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Maar vind je dat de overheid gerechtigd is om te zeggen ‘digitaal tenzij’, terwijl zij het niet kan waarmaken? Terwijl de veiligheid niet gegarandeerd is?

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Nee, zeker niet. Ik vind ook bijvoorbeeld het monopolie van de overheid op je digitale identificatiemiddel, DigiD, als je het hebt over de verhouding en de rechtsverhouding totaal niet kunnen. Zeker niet omdat je DigiD ook weer gebruikt wordt als je in bezwaar zou willen. Dat kan dan niet eens. Ik heb het nog even opgezocht, er waren 15.000 DigiD’s ingetrokken het afgelopen jaar vanwege ‘fraude’. Maar het kan ook zo zijn dat mijn DigiD ingetrokken wordt.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

En dan kun je niet in beroep gaan?

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Nou ja, als zo meteen KEI komt, kan ik in ieder geval niet de digitale weg bewandelen. Dan moet ik weer met de post en zo gaan werken. Dat is de andere kant. Ik vind dat dat ook niet zou mogen, dus ik ben het daar zeker wel mee eens. Maar, IT is gewoon lastig en wij hebben gezien dat het niet voor alle problemen een oplossing is.

De heer mr. Y. Buruma, rechter

Ik ben rechter. Ik kan het niet laten om hier toch op te reageren in de zin van dat ik mij afvraag of het niet allemaal te veel koudwatervrees is of jullie manier van praten, het moet eerst allemaal helemaal goed zijn, of dat niet eigenlijk ervoor zorgt dat juristen een voetnoot bij de geschiedenis worden. Het gaat allemaal. Ons ecosysteem is gedigitaliseerd en misschien is er juist een mindsetverandering nodig. Dan doel ik op het volgende. Tot nu toe of misschien tot 1980 of daaromtrent, was het zo dat als de overheid iets gedaan had, dan was het uitgangspunt, dan is daar heel goed over nagedacht en zal het dus wel goed zijn. Dat kan niet bij digitaal. Het uitgangspunt moet zijn, het komt wel uit de computer, maar het kan best fout zijn. Op het moment dat je dus gaat kantelen in je houding ten opzichte van wat de digitale werkelijkheid ons oplevert, ga je bijvoorbeeld anders aankijken tegen beslissingen van bestuur, want die kunnen verkeerd zijn, want de computer kan het verkeerd gedaan hebben. De gedachte is nu, nee, want er is goed over nagedacht, er moet een goed systeem zijn, want zonder een goed systeem, je moet toch op de overheid kunnen vertrouwen. Ja, maar dat kan niet vanwege het feit dat je er nou eenmaal rekening mee moet houden dat er computersystemen zijn die gevuld worden met data, waarbij zowel de data zelf garbage kunnen bevatten als dat het systeem anomalieën kan opleveren en weet ik wat niet allemaal. Zou het niet zo moeten zijn dat er in het bestuursrecht waar het dit soort digitale kwesties betreft, er misschien een lichte verandering in uitgangspunten moet zijn. Niet de verandering, het is uit de computer gekomen, wij hebben dit systeem, het zal dus wel goed zijn, tenzij, als wel dat je in rechte wat makkelijker zegt, nou ja, de overheid heeft dit gedaan. Het is vast wel goed bedoeld, er zitten geen verkeerde bedoelingen bij, maar je krijgt als burger wat gemakkelijker de ruimte om aannemelijk te maken dat de uitgangspunten verkeerd waren. De rechter zou eigenlijk wanneer de beslissing van de overheid gebaseerd is op dit soort digitale dingen, wat meer ruimte moeten geven dan hij traditioneel doet in het bestuursrecht. Is daar niet een kern van, nou, ook oplos-

singsrichting, maar een kern van het probleem, te veel vertrouwen in de digitale omgeving.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Zou je dat met gebruik van de Awb willen doen?

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Je zou veel meer met het verdedigingsbeginsel kunnen doen. In eerste instantie al. Maar wij hebben gezien dat mensen gewoon heel veel autoriteit toekennen aan het computerscherm. De zaak Dolmatov is een van de meest pijnlijke voorbeelden. Daar wist men; de computer maakt soms fouten. Maar durf maar eens als ambtenaar die computer te negeren. We zien ook dat het verdedigingsbeginsel in opkomst is. Je kunt dan al in vroeg stadium aangeven dat er iets niet klopt. Maar als wij naar programma's kijken van De Monitor, dat wordt het Digitaal Doolhof genoemd, dan wordt de ballast van het aantonen van een fout van de computer, (want het is een keer fout gegaan, kan gebeuren) tóch bij de burger neergelegd. Als dat anders zou kunnen, dan zou dat zeker fijn zijn, maar niet alles eindigt in een besluit. Nou ja, er wordt al jaren gesproken over of het besluitbegrip in het bestuursrecht nog wel voldoet. Dit zie je ook hier, juist omdat digitalisering te maken heeft met massaliteit. Wij in het bestuursrecht kijken nog steeds naar een individu.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Wat vindt de preadviseur van het pleidooi van de heer Buruma?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Op de eerste of tweede pagina van ons preadvies hebben wij wat rechtspraak aangehaald over het onbevoegd gebruik van DigiD. De Afdeling heeft dat in de meeste gevallen dat toegerekend aan de houder van de DigiD, Dus aan de burger.

Het lijkt mij een goede benadering die Buruma suggereert. Maar die is volgens mij nu niet de praktijk. Je bent nu het haasje als iemand met je DigiD aan de haal gaat. DigiD is niet zo veilig als de overheid en in dit geval de Afdeling, veronderstelt.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Dus, het helpt niet?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Nou ja, er werd gesproken over verandering van de mindset. De mindset bij de rechter moet veranderen. En in ieder geval bij de Afdeling. En bij de overheid.

De heer mr. B.J. van Ettekoven, rechter Raad van State

Ik ben rechter bij de Raad van State. Als wij het over jurisprudentie gaan hebben, dan moeten wij het wel goed doen. Ja, wij worden geconfronteerd met veel zaken waarin met behulp van DigiD een aanvraag of een bezwaar- of beroepschrift wordt ingediend. Het uitgangspunt in de jurisprudentie is dat als dat gebeurt, wij ervan uitgaan, dat is een fictie, dat de persoon wiens DigiD wordt gebruikt dat stuk heeft ingediend. Gelukkig laat de jurisprudentie zien dat er een mogelijkheid is om tegenbewijs te leveren. Dat is bijvoorbeeld gebeurd bij de Belastingdienst, die moest toegeven dat er een periode is geweest waarin gebruik kon worden gemaakt van DigiD van een persoon die door iemand anders was aangemaakt. Als dat blijkt dan wordt de fictie gewoon gecorrigeerd en wordt het stuk niet aan die persoon toegerekend. Dat sluit aan bij wat Ybo zegt, wij moeten op weg naar nieuwe jurisprudentie, rekening houdend met andere verhoudingen.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Gerustgesteld?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Nou ja. Niet door deze opmerking. Ik vind het wel een bemoedigende opmerking. En ik hoop van harte dat het zo ver komt. Maar gerustgesteld? Dat is een wel heel groot woord.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Hierbij aansluitend vraag ik mij af, zou de bestuursrechter versterkt moeten worden, moeten procedures versterkt worden of gaat het alleen om de mindset?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Je moet wel kennis hebben van de systemen. En je moet kritisch zijn als het gaat om ICT-enthousiasme dat zich bij de overheid ontwikkelt. Daar hoort wel kennis bij van hoe systemen en ICT werken. Ik kan niet zeggen

of de rechter op dit moment daar voldoende of onvoldoende kennis van heeft. Dat weet ik niet.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Geen ervaring mee?

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Nee.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik geloof er niks van.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik ga het niet zeggen. Ik weet het niet.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Marlies, denk jij dat de bestuursrechter een rol heeft om de zaken wat op te frissen?

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Zeker, maar ik zie dat persoonlijk niet zo optimistisch in.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Ik heb het gevoel dat het geen luxe theoretische vraagstelling is, omdat heel veel burgers zich heel machteloos voelen en vrij vaak in dit soort zaken boetes krijgen, bij de rechter terechtkomen en dan bot vangen. Wat dat betreft is de rechtsstaat hier bezig water te maken. Dat is mijn indruk.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Wij hebben een voorbeeld gehad waarbij een scanapparaat van de politie stelselmatig niet herkende dat iemand een fietsrek achterop zijn auto had. Het apparaat dacht dat het een karretje was. Met een karretje mag je maar 80 km per uur en met een fietsrek 120 km per uur. Deze mensen kregen allemaal boetes. Toen zei destijds Opstelten ook heel vrolijk, ja maar u kunt natuurlijk bezwaar maken. Maar als je een beetje verder kijkt, dat zien wij ook in allerlei voorbeelden, dan is afhandeling van bezwaar ook vrij

mechanisch. En ook de bezwaren, ‘ik was het niet’ of ‘ik was het wel maar...’. Dus ik denk dat ook in die relatie vaak gedacht wordt, wij checken de feiten en als die feiten kloppen, dan laten wij het besluit in stand. Dus ik denk niet dat het altijd een oplossing is om te zeggen, er moet een mens naar kijken, want als je een mens in zo’n mechanische organisatie plaatst en op die manier werkt, heeft hij ook helemaal geen ruimte om af te wijken. En over rechters, ik zie wel wat van rechters en automatisering in KEI-verband, nou daar is wel veel IT-optimisme.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Zijn er anderen die van hun gevoelen kennis willen geven?

De heer mr. dr. J.P. de Jong, raadsadviseur Directie Wetgeving en Juridische Zaken, Ministerie van Veiligheid en Justitie

Ik ben werkzaam bij Justitie. Misschien toch nog een opmerking uit het perspectief van de verordening. Die verordening moeten wij implementeren en dat betekent dat wij niet strikt alleen maar moeten kijken naar datgene wat er in die verordening staat, want dat mag je vooral niet kopiëren, maar je moet ook naar de randvoorwaarden kijken. Een van de randvoorwaarden is dat je invulling geeft aan procedurele en materiële eisen die voortvloeien uit het Europese recht en juist in het bestuursrecht – ik vond dat mevrouw Van Eck daar een hele belangrijke opmerking over maakte – moet je met dat verdedigingsbeginsel aan de gang. Dat kan voordelig zijn voor de burger. Ik denk dat wij op dit moment het verdedigingsbeginsel maar deels herkennen in de Awb. Inzage in het dossier is alleen mogelijk bij toepassing van de UOV en van het voorafgaand horen vraag ik mij ook af of dat in alle opzichten voldoet aan de eisen die het Europese recht daarover stelt. Dus daar zullen wij iets mee moeten doen.

De heer mr. T. Avedissian, president rechtbank Overijssel

Ik ben president van de rechtbank Overijssel. Ik heb een vraag aan de preadviseur. Ik las zo-even een stelling van uw zijde, gegrond op uw preadvies: Bij het beteugelen van de bestuursrechtelijke risico’s van digitalisering is meer te verwachten van de rechter dan van de wetgever. Ik voelde mij verwant met die stelling, maar ik heb u zonet beluisterd en ik dacht, ondermijnt u nu uw eigen stelling door uw scepsis uit te spreken over wat de rechter teweeg kan brengen? Ik zoek wat dat betreft ook aansluiting bij wat mr. Buruma zei: De mindset moet misschien wat worden verschoven en de rechter kan daar best wel een bijdrage aan leveren, Van Ettehoven zei dat geloof ik ook. Maar ik ben inmiddels benieuwd naar wat u zelf van uw eigen stelling vindt.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik ben heel optimistisch over het veranderen van de mindset bij de bestuursrechter. Dus dat hoeft de stelling niet te ondermijnen.

De stelling is ingegeven door twee gedachten. Eén is dat wij bij de wetgever vooral initiatieven zien, vaak ingegeven door besparingsambities, om zoveel mogelijk te digitaliseren: ‘digitaal tenzij’. Aan de andere kant zien wij dit af en toe bij de rechter. In het preadvies hebben wij ik geloof in voetnoten 83 en 84 verwezen naar uitspraken van het Hof van Justitie waarin eisen worden gesteld aan informatiesystemen. Ik heb het over het zgn. dataretentiearrest, waarin de dataretentierichtlijn (2006/24/EG) ongeldig verklaard. Dat gebeurde omdat er op basis daarvan heel veel telecomegevens werden verzameld over mensen die niet eens verdacht waren. En al die gegevens werd zonder onderscheid bewaard. Ook gegevens van de zgn. geheimhouders als advocaten en artsen. Noem maar op. Dat was niet in orde en werd afgeschoten. In Nederland is vervolgens deze bewaarplicht uit de Telecomwet gehaald.

Een andere uitspraak waar wij hoop aan ontleen, is de Schremsuitspraak. Daarin wordt gezegd dat er geen gegevens mogen worden doorgegeven aan de VS, omdat men daar niet zorgvuldig omgaat met die gegevens.

De in deze arresten gebruikte beginselen gelden ook voor onze eigen overheid. Een overheid die een te algemeen geformuleerde kaderwet gegevensuitwisseling opstelt, loopt het risico dat die wet onderuit gaat. Ook al kan dat een paar jaar duren.

Om die reden hebben wij meer vertrouwen in de rechter dan in de wetgever. Is dat een antwoord op uw vraag? Neen? Daar was ik al bang voor.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Marilyn Haimé, hebt u op dit punt nog inzichten vanuit Binnenlandse Zaken?

Mevrouw mr. M. Haimé, directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken

Nog een paar dingen. Wat betreft het laatste punt, ik denk dat de rechter ook niet zonder nadere normering van de wetgever kan toetsen. In de trias politica en ik geloof dat Sandra van Heukelom het heel mooi in haar samenvatting in de NJB heeft geschreven, is het natuurlijk wel, heb je aan de ene kant de wetgever, die normeert en de rechter die toetst. Natuurlijk kunnen wij wantrouwen hebben in de overheid en misschien in de wetgever, maar het gaat wel om een samenspel. Als er een uitspraak komt waardoor de wetgever zich genoodzaakt ziet de wet aan te passen, dan gebeurt het

ook. Ik vraag mij af waar het wantrouwen in zit. Dat is het eerste punt. Het tweede punt is de mindset. Ik ben ook heel blij met de inbreng van Buruma. Wij hebben met de Ombudsman iets heel moois opgezet, dat is een prettig contact met de overheid. Wij noemen het nu passend contact met de overheid, dat betekent zoeken naar informeel contact. Niet alles meteen op een juridische manier oppakken, want daarmee kun je juist juridische procedures voorkomen en dan ben je weer terug bij de menselijke maat, waar Taru Spronken het over had. Het beleid ‘digitaal tenzij’ is daar ook op gebaseerd. We zitten op dit moment in een transitieperiode waarbij je ervan uit moet gaan dat de toekomst waarschijnlijk geheel digitaal wordt en tegelijkertijd moet ruimte worden gehouden voor die situaties waarin mensen niet in staat zijn om of niet willen of niet kunnen meekomen in de digitale wereld. Dat is de situatie waarin wij nu verkeren en volgens mij zijn daar in de praktijk heel veel oplossingen voor, dus ik zie het probleem niet zo.

Mevrouw mr. B.M.A. van Eck, panellid

Ik zou zeggen, kijkt u ook even naar De Monitor, digitaal doolhof. Dat zijn gewoon echte gevallen van mensen die niet geloofd worden dat iemand er niet woont die wel op hun adres staat ingeschreven.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Ik vind de opmerking (“ik zie het probleem niet zo”) ontluisterend.

Er zijn verschillende twitteraccounts waar heel veel mensen klachten over de digitale overheid uiten. Denk aan: @MOwebcare. En als je daar kijkt zie je de problemen voorbijkomen. En je ziet ook dat soms heel joviiaal worden afgedaan. “Hi Tim, je kunt een nieuwe DigiD aanvragen.” Van die orde.

Ik zie daar heel veel problemen. En ik denk dat het echt een probleem als je niet meer kunt beschikken over een DigiD.

U zegt: wat is eigenlijk het probleem? uw punt is: er is toch een trias politica. Er is een rechter die het allemaal kan corrigeren.

Allemaal tot je dienst. Maar ik meen dat het erom gaat dat de overheid ervoor zorgt dat het niet misgaat. En dat er zo min mogelijk gecorrigeerd hoeft te worden. En dat is het punt dat wij in het preadvies willen maken.

De heer mr. R. van Zutphen, Nationale Ombudsman

Ik ben Ombudsman. Ik was ook een beetje geschokt, niet omdat prettig contact met de overheid nu ineens passend is geworden, maar wel door ‘ik zie het probleem’ niet, want ik zie die problemen namelijk iedere dag. Ik ga hier geen verhaal houden, maar ik zou graag een vraag willen stellen. Als ik kijk naar de ervaringen van al die mensen, blauwe envelop, UWV,

gemeentelijke dienstverlening via digitale kanalen, ‘digitaal tenzij’ maar eerst was het digitaal alleen, en toen werd het een beetje en misschien is het nu weer een stapje verder. Dat komt niet alleen bij mijn instituut vandaan, dat komt bij de Ouderenbonden vandaan, bij laaggeletterden, bij 2,4 miljoen mensen waar de Algemene Rekenkamer het laatst in haar rapportage over had. Die strategieën moeten anders, daar ben ik het helemaal mee eens. Digitaal is wel de toekomst, maar lang niet voor iedereen. Omdat wij het zo erg over de rechter hebben en helemaal aan het einde van het proces als de mensen de problemen al hebben gehad, al in de schuldsanering terecht zijn gekomen, overleden of inmiddels van 40 euro per week moeten rondkomen – en dat zijn de mensen die zich bij mij melden – is het in mijn ogen wel belangrijk om de vraag te beantwoorden, hoe helder en duidelijk moeten de regels zijn, zodat de dienstverlening die de overheid wil gaan leveren, die ook weet te stroomlijnen langs die regels. Wetten zijn in mijn ogen, hoewel ik de rechtspraak heb verlaten, wel heel erg belangrijk gebleven, ook voor de overheid en voor klachteninstituten zoals dat van mij, om te kunnen zeggen tegen de overheid hoe zij zich moet gedragen. De normstelling is niet zozeer voor de rechter achteraf, maar de normstelling is denk ik – en ik zou graag horen hoe u daarover denkt – juist van belang voor de uitvoering aan het begin.

De heer prof. mr. G-J. Zwenne, preadviseur

Dat kan ik alleen maar onderschrijven. Het feit dat er achteraf kan worden gecorrigeerd, ontslaat de overheid niet van de plicht om het vooraf goed te willen doen.

Natuurlijk. Als de rechter achteraf corrigeert, wordt daarmee een norm gesteld of ingevuld waar de overheid zich vervolgens naar moet richten. Maar er is al veel rechtspraak. De Europese rechtspraak die ik zo even noemde (dataretentie-arrest, Schrems-arrest) moet betekenis hebben bij het ontwerpen van de overheidssystemen die nu worden bedacht. Ook bij zoiets als SyRi (wat over sociale zekerheid gaat) kun je je afvragen of dat wel voldoet aan de normen die wij zijn geformuleerd dataretentie-arrest of in het Schrems-arrest.

Mevrouw mr. E. Berendsen, wetgevingsjuriste Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Ministerie van Binnenlandse Zaken

Ik ben wetgevingsjurist bij CZW bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Ik hoorde zojuist een opmerking over het ingeschreven staan op het verkeerde adres. Daar is zojuist een bericht over geweest in het Parool. Er was een journalist die had zich ingeschreven op het adres van de minister van Binnenlandse Zaken. Dat bleek onterecht te zijn. Als het gaat om zoiets, dat is gebeurd. In dit geval is het wel zo dat er een norm lag. In de wet

BRP is een regeling opgenomen dat gemeenten inlichtingen kunnen vragen aan burgers voordat zij zich inschrijven, om er zeker van te zijn dat iemand op dat adres woont. Daarom denk ik ook dat er een belangrijke rol ligt in het informeren van gemeenten over wat voor mogelijkheden wetgeving hen biedt om te voorkomen dat burgers in situaties terecht komen zoals zojuist in het panel genoemd werden.

De heer M.E. Chavannes, discussieleider

Dit is een aanmoediging voor de overheid om nog wat meer voorlichting te geven. Ik heb mooie verhalen gehoord over mensen die buiten hun weten, samenwoningpartners kregen, doordat PostNL in zijn verhuisberichten gemeenten niet inlicht, waardoor de Belastingdienst gebruik maakt van de bevolkingsadministratie en vervolgens weigert te accepteren dat iemand niet met de volgende huurder een samenwoning is begonnen. Zo zijn er leuke verhalen. Ik vraag mij af wat je dan aan een bestuursrechter hebt, want dat is helemaal aan het eind als je al, zoals de Ombudsman zei, voor 40 euro in de schuldhulpverlening zit. Wat dat betreft denk ik dat overheidsdienaren die het allerbeste met ons voor hebben, iedere dag een van dit soort verhalen moeten lezen om vooruit te leren denken. Dit was niet mijn rol, maar ik kon het even niet laten. Waar brengt ons dit? Wij zijn er denk ik helemaal uit of zijn er nog punten? Anders gaan wij over naar de stemming over de stellingen die vraagpunten heten.

Uitslag stemming over de vraagpunten dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en dhr. prof. mr. A.H.J. Schmidt:

1. Digitale activa dienen in het privaatrecht behandeld te worden naar analogie met stoffelijke objecten.
Uitslag: meerderheid stemt voor.
2. De rechterlijke controle op onredelijk bezwarende bedingen en oneerlijke handelspraktijken behoeft aanpassing voor contracten over digitale activa en diensten.
Uitslag: grote meerderheid stemt voor.
1. Wetgever en overheid houden in wetgeving en beleid rond digitalisering te weinig rekening met de belangen van burgers en ondernemers.
Uitslag: grote meerderheid stemt voor.
2. Bij het beteugelen van de bestuursrechtelijke risico's van digitalisering is meer te verwachten van de rechter dan van de wetgever.
Uitslag: kleine meerderheid voor.

Uitslag van de stemming

Over de vraagpunten bij de preadviezen van mw. prof. mr. E.M.L. Moerel, mw. prof. mr. J.E.J. Prins, mw. prof. mr. M. Hildebrandt, dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en dhr. prof. mr. A.H.J. Schmidt.

Vraagpunten mw. prof. mr. E.M.L. Moerel en mw. prof. mr. J.E.J. Prins

1. Wil persoonsgegevensbescherming ook in de toekomst kunnen rekenen op legitimiteit en effectiviteit, dan moet doelbinding als zelfstandig criterium worden verlaten.

Toelichting:

De toets die momenteel vanuit het beginsel van doelbinding aan gebruikers van persoonsgegevens wordt opgelegd is niet langer werkbaar voor het beoordelen van de rechtmatigheid van een gegevensverwerking. Allereerst verliest het privacybeschermend vermogen van dit beginsel aan relevantie onder invloed van ontwikkelingen als big data en Internet of Things. Bovendien dient het bij de afweging of bedrijven persoonsgegevens wel of niet mogen gebruiken, niet zozeer te gaan om *sec* het **doel** waarvoor de gegevens worden gebruikt. Veeleer zal de toets moeten zijn of een gerechtvaardigd **belang** met de gegevensverwerking is gediend, waarbij niet alleen het belang van de verwerker dient te worden betrokken maar een bredere beoordeling dient plaats te vinden ook vanuit de belangen van de samenleving als geheel.

Uitslag: net aangenomen

2. Ten onrechte gaat de wetgever ervan uit dat handhaving van gegevensbescherming primair de verantwoordelijkheid van individuele burgers is.

Toelichting:

De aan individuen toegekende rechten vormen een hoeksteen van de privacywetgeving. Daarbij is de aanname dat zij hun rechten op inzage, verzet, correctie en verwijdering daadwerkelijk kunnen uitoefenen omdat zij

weten welke informatie er over hen worden verwerkt en door wie. Ook voor de handhaving door de toezichthouder wordt gesteund op het klacht-recht van burgers. De realiteit van onze datagedreven samenleving is echter dat individuen ondanks de hen toegekende rechten, nauwelijks tot niet in staat zijn informatiele zelfbeschikking daadwerkelijk vorm en inhoud te geven. Veel verantwoordelijken hanteren uiterst complexe ‘privacy statements’ of houden de inzagemogelijkheden opzettelijk archaïsch, om zo uitoefening van rechten door individuen zoveel mogelijk te ontmoedigen. Illustratief voor de geringe effectiviteit van handhaving is ook de dagelijkse realiteit dat als individuen al aankloppen bij de toezichthouder, de klachten niet of slechts in uitzonderlijke situaties worden opgepakt. Veel intensiever dan momenteel, zal de toezichthouder op eigen initiatief tot effectieve handhaving moeten overgaan. Ook moet een nadrukkelijker beroep op de civiele rechter kunnen worden gedaan door maatschappelijke organisaties die een rechterlijke uitspraak benutten als breekijzer voor een scherpere demarcatie van de grenzen van gegevensgebruik.

Uitslag: ruime meerderheid bevestigend

Vraagpunten mw. prof. mr. M. Hildebrandt

1. In het nieuwe WvSv moet een bepaling worden opgenomen die het ontwerp en de inrichting van data-gestuurde systemen normeert (zie paragrafen 4.1 en 4.2).

Toelichting:

De manier waarop en de mate waarin technische systemen het volgen, zichtbaar maken en voorspellen van individuele personen mogelijk maken is niet van god gegeven. Het *ontwerp* en de *inrichting* van die systemen maakt een groot verschil voor de mate waarin inbreuken mogelijk of gemakkelijk worden gemaakt. Dat kan in een rechtsstaat niet meer als ‘uitvoering’ worden afgedaan. Bij de aanbesteding van dit soort systemen moeten eisen worden geformuleerd die de brug slaan tussen juridische condities en technische ‘requirements’. Bij die juridische condities gaat het enerzijds om de bescherming van grondrechten (door inbreuken zo lastig mogelijk te maken) en anderzijds om transparantie en narekenbaarheid (zodat toezicht mogelijk wordt). Bij dat laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan ‘secure logging’ en aan de eis dat dit soort systemen ‘open source’ moeten zijn; het kan niet zo zijn dat de werking van een systeem vanwege bedrijfsgeheimen of IP-rechten niet kan worden geverifieerd.

Uitslag: ruime meerderheid bevestigend

2. Het is noodzakelijk een toezichthouder in te stellen die de werking controleert van data-gestuurde systemen die bij heimelijk onderzoek worden ingezet (zie paragrafen 4.1 en 4.2).

Toelichting:

Hoewel de rechter-commissaris de inzet van ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden in individuele gevallen vooraf kan toetsen en de strafrechter diezelfde inzet in een beperkt aantal gevallen achteraf kan toetsen, ontbreekt onafhankelijk toezicht op de aanschaf, het onderhoud, de werking en de implicaties van de technische systemen die data-gestuurde intelligentie mogelijk maken in de opsporing in brede zin. Gezien de grote gevolgen van die inzet, in combinatie met het feit dat de personen die het betreft hier in veel gevallen niet achter zullen komen, is het van cruciaal belang dat stelselmatig wordt getoetst in hoeverre deze systemen niet-noodzakelijke gegevensverwerking mogelijk maken die de privacy en/of de onschuldpresumptie aantast.

Uitslag: ruime meerderheid bevestigend

Vraagpunten dhr. prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

1. Digitale activa dienen in het privaatrecht behandeld te worden naar analogie met stoffelijke objecten.

Toelichting:

Onder digitale activa wordt verstaan databestanden en virtuele objecten (par. 3.2-3.4). De analogische behandeling betreft in het bijzonder overdraagbaarheid, bescherming tegen inbreuken, remedies, zekerheid, verhaal en executie (par. 3.5-3.8).

Uitslag: meerderheid stemt voor.

2. De rechterlijke controle op onredelijk bezwarende bedingen en oneerlijke handelspraktijken behoeft aanpassing voor contracten over digitale activa en diensten.

Toelichting:

De regels voor onredelijk bezwarende bedingen (zwarte en grijze lijst) en oneerlijke handelspraktijken zijn vooral gebaseerd op ervaringen uit de off-line wereld en zijn daarom onvoldoende toegesneden op individuele belangen bij de digitale wereld (par. 3.12). Nieuwe regels zijn in het bijzonder ten aanzien van het toestemming geven voor omgang met data, virtuele objecten en persoonsgegevens. Wellicht moet toestemming dwingendrechtelijk beperkt zijn ten aanzien van nieuwe, onvoorziene vormen

van gebruik. Voor het overige behoeven, wat de bescherming van privacy betreft, de bestaande rechtsfiguren geen wezenlijke wijziging (par. 3.10).

Uitslag: grote meerderheid stemt voor

**Vraagpunten dhr. prof. mr. G-J. Zwenne en
de heer prof. mr. A.H.J. Schmidt**

1. Wetgever en overheid houden in wetgeving en beleid rond digitalisering te weinig rekening met de belangen van burgers en ondernemers.

Toelichting:

Niet alleen doordat de blauwe belastingenvelop wordt vervangen door een digitale aangifte, maar vooral doordat gedwongen dienstverlening via apps nieuwe machtsmiddelen schept zonder dat daar tegenover passende waarborgen staan.

Uitslag: grote meerderheid stemt voor.

2. Bij het beteugelen van de bestuursrechtelijke risico's van digitalisering is meer te verwachten van de rechter dan van de wetgever.

Uitslag: kleine meerderheid stemt voor.