

Proven by design

Burgers genereren ongemerkt op structurele basis data, bijvoorbeeld over de locatie waar zij zich bevinden, hoe zij zich vervoeren, welke diensten ze afnemen en met wie zij connecties vormen. De overheid heeft daar grote interesse in. Met ‘slimme’ instrumenten als een *wifitracker* kunnen verplaatsingen in kaart worden gebracht, wat zowel handig is om verkeersstromen in de drukke stad te beïnvloeden, als om informatie te verzamelen over de bijstandsgerechtigde die wel erg vaak een bepaald traject aflegt. Wellicht woont hij of zij toch op een ander adres dan geregistreerd of verricht hij of zij activiteiten die op geld waardeerbaar zijn?¹ Verschillende casus waarin de overheid op creatieve wijze data vergaarde en analyseerde haalden de afgelopen tijd het nieuws. Zo vorderde de Belastingdienst gegevens die de politie met Automatic Number Plate Recognition (ANPR) boven de Nederlandse snelwegen had vastgelegd, om meer zicht te krijgen op het privégebruik van de zakelijke leaseauto.² Ook was de dienst geïnteresseerd in de parkeergegevens verzameld met behulp van commerciële parkeerapps³ en in het gebruik van de museumkaart teneinde de feitelijke woonplaats van een mogelijk belastingplichtige vast te kunnen stellen.⁴ De Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) vorderde gegevens bij Translink B.V., dat de ov-chipkaart exploiteert. Aan de hand van de in- en uitcheckgegevens van de ov-chipkaart wilde DUO vaststellen dat een studente met een uitwonende beurs feitelijk nog steeds bij haar ouders woonde.⁵

Soms komt de gezochte informatie niet naar voren uit een afzonderlijke categorie gegevens, maar is zij te distilleren uit de combinatie van vele gegevens uit verschillende bronnen. Uit een verkennend onderzoek door het CBS komt het beeld naar voren dat een groot aantal bestuursorganen gebruikmaakt van risicoanalyses.⁶ Met behulp van algoritmes en een grote vergaarbak aan data kan een systeem groepen of specifieke individuen aanwijzen bij wie zich een verhoogd risico op fraude voordoet, waarna het bestuursorgaan zeer gericht toezicht uitoefent. De meest in het oog springende – en in de media uitgelichte – voorbeelden vormen de Broedkamer van de Belasting-

dienst⁷ en het Systeem Risico Indicatie (SyRI)⁸ van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De kracht van data-analyse heeft grote aantrekkingskracht op de overheid. De voormalige algemeen directeur van de Belastingdienst, die in *De Correspondent* werd doorgevraagd over de omstrede Broedkamer, verwoordde dat als volgt:

‘Als je mij vraagt om met de instrumenten van vroeger een maatschappij te handhaven die inmiddels vele malen groter en ingewikkelder is, dan pleit je voor *minder* handhaving en *meer* fraude. Of je wilt een Belastingdienst met 120 000 medewerkers. Ik constateer dat er politiek andere keuzes worden gemaakt. Dat er wordt gezegd: we willen in die grotere maatschappij dienstverlening bieden, fraude bestrijden én een organisatie van dezelfde omvang houden.’⁹

Juristen schrikken. Hoewel een grote set aan data doorgaans de waarheidsvinding bevordert, ontsluit deze ook een veelomvattend beeld van het persoonlijk leven van burgers. Dat leidt al snel tot een flinke inmenging in het privéleven, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Met de komst van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) staat bovendien de bescherming van persoonsgegevens scherp op het netvlies. Mogen data die voor een ander doel zijn verstrekt, worden hergebruikt door de overheid en mag zomaar alles wat op het open internet is te vinden door die overheid worden geanalyseerd?¹⁰ De antwoorden op die vragen liggen nog voor een groot deel open; in rechtszaken gevoerd over de hiervoor genoemde voorbeelden, kon de overheid de ene keer wel en de andere keer niet gegevens vorderen en gebruiken.

Kunnen klassieke juridische waarborgen de honger van de overheid naar data beteugelen? In de juridische normering van de opsporing is veel denkkracht gegaan naar het nemo-teneturverbod en het moment van cautie. Zal dat over twintig jaar nog zo zijn? Welk materiaal zien wij over twintig jaar nog daadwerkelijk als wilsafhankelijk? Of hebben het internet of things, onze wearables en ons

1. Of met behulp van gps-tracking, zie CRvB 15 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:947, AB 2016/329, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Gst.* 2016/86, m.nt. R. Stijnen, *USZ* 2016/165, m.nt. A. Moesker & I.A. Moesker.
2. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, o.a. AB 2018/27, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik en *BNB* 2017/79, m.nt. Haas.
3. Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2803, *Computerrecht* 2014/182, m.nt. Wisman, *NTR* 2014/163, m.nt. Thomas.
4. Rb. Amsterdam 15 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8138, *NTR* 2018/2748, m.nt. Van der Bogt.
5. CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, AB 2018/375, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *JB* 2018/65, m.nt. Venderbos.
6. S. Doove & D. Otten, *Verkennd onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties*, Den Haag: CBS 2018.
7. Zie o.a. de aflevering ‘Prutsen en pielen zonder pottenkijkers’, *Zembla*, BNNVARA NPO 2, 1 februari 2017.
8. Zie o.a. <https://bijvoorbeeldverdacht.nl>.
9. M. Martijn, ‘De fiscus experimenteert volop met onze persoonsgegevens (en dat ging goed mis)’, *De Correspondent* 1 februari 2017.
10. De Algemene wet bestuursrecht geeft vrijwel geen normering voor datagebruik in de publieke sector, zie F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, ‘Blinde vlek in de Awb: data’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb; In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253-265.

gedrag op internet¹¹ al zoveel data over ons ontsloten dat we daar in mondelinge verklaringen maar weinig aan hoeven toe te voegen? Voor het bestuursrecht is dat een bijzonder relevante vraag omdat delictomschrijvingen in bestuursrechtelijke wetgeving in de regel geen schuld of opzet als element kennen, maar het enkele overtreden van een wettelijk voorschrift sanctioneren. En daarvoor heb je vooral kennis van data nodig, niet zozeer van persoonlijke drijfveren.

Deze ontwikkeling naar een gedataficeerde samenleving wordt zowel gestuurd door technologie als recht, al moet het recht hard bijbenen om de innovatie aan (maar eerder bij) te sturen. Voor het bestuursrechtelijk domein zette de Raad van State in 2018 een belangrijke stap door ongevraagd advies uit te brengen over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen.¹² Volgens de Raad doet de digitalisering, meer dan welke andere techniek ook, de overheid van karakter veranderen, waarbij de rechtspositie van de burger in het gedrang komt. Waar besluitvorming wordt gedigitaliseerd, vindt standaardisering, uniformering en centralisering plaats. Efficiënt is dat zeker, maar het sluit vaak weinig aan op politieke keuzes om de overheid dichter bij de burger te brengen, de uitvoering van wetten te decentraliseren en een responsief bestuursrecht voor te staan. Het bestuursrecht kan bijsturen door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een digitale context uit te leggen. Zo kan over de band van het motiveringsbeginsel van het bestuursorgaan worden verlangd dat het uitlegt hoe de in software geprogrammeerde beslisregels werken en van welke data de beslisregel gebruikmaakt.¹³ Naast een aangepaste uitleg van bestaande open normen kunnen nieuwe rechten voor de burger worden geformuleerd, zoals een recht op ‘zinnig contact’ met de overheid, als uitwerking van de menselijke waardigheid als een van de centrale publieke waarden.¹⁴

Maar het recht zou niet alleen achteraf moeten bijsturen; ook vooraf moet het mede bepalen welke data-analyse plaatsvindt en of en hoe een beslissysteem wordt gebouwd. Een concept dat herhaaldelijk opduikt is *privacy by design*.¹⁵ Bij de architectuur van een systeem zouden privacyoverwegingen moeten worden meegenomen, waarbij uitsluitend persoonsgegevens worden verwerkt als dat strikt noodzakelijk is. Bovendien zou het systeem zo moeten worden gebouwd dat ook correctie en verwijdering van gegevens daadwerkelijk technologisch mogelijk is.¹⁶ Meeromvattend is de wens naar juridische be-

scherming *by design*. Hildebrandt verstaat daaronder dat in een democratische rechtsstaat de inhoud van de norm door democratische besluitvormingsprocessen tot stand gekomen moet zijn en dat verzet tegen toepassing van de norm in rechte mogelijk is. Dat lijkt zij primair te vertalen naar eisen aan de wetgever, die meer verantwoordelijkheid moet nemen voor nieuwe technologische infrastructuren waarmee wetgeving wordt uitgevoerd en die dat niet enkel aan de markt en technische experts mag overlaten.¹⁷

Gaat dit aanslaan in een bestuursrechtelijke context? *Privacy by design* is een inherent lastig concept voor een overheid die normnaleving in de maatschappij moet bevorderen. Voor de uitvoering van vele wetten, met name in de sociale zekerheid en het belastingrecht, is privé-informatie essentieel: het inkomen, het vermogen, de gezondheidstoestand en de samenlevingsvorm zijn dé bepalende factoren voor de voorzieningen waarvan vele burgers gebruikmaken. Uitvoering van die wetten gaat onlosmakelijk samen met een verwerking van een grote hoeveelheid privé-informatie. Kijkend naar het bewijsbeleid van bestuursorganen, hun ruime toezichtsbevoegdheden én de politieke druk om hard op te treden tegen fraude (denk aan de maatschappelijke ophef rond de massale WW-fraude door arbeidsmigranten),¹⁸ zie ik vooral een andere ontwerpvens in het publieke domein: *proven by design*.

Hoewel het bestuursrecht een vrij-bewijsleer kent, hebben bestuursorganen voorkeur voor één type bewijs: objectief bewijsmateriaal, dat is opgemaakt of geregistreerd op een moment dat er nog geen conflict was. Zo vaart men bij voorkeur op materiaal dat in basisregistraties is neergelegd, op bankrekeningafschriften, verbruiksgegevens van gas en licht en door toezichthouders opgemaakte processen-verbaal. Hoe fraudegevoeliger het systeem, hoe groter de voorkeur is om het systeem zo in te richten dat misbruik vrijwel onmogelijk is, of dat misbruik direct wordt geregistreerd – en daarbij kan data-analyse behulpzaam zijn.

Het stelsel waarin dit waarschijnlijk het verst is doorgevoerd, betreft de meststoffenwetgeving. Mestverwerking is een fraudegevoelige branche; legale afvoer is duur en het (teveel) uitrijden op eigen land of illegaal afvoeren is vrij gemakkelijk, terwijl de pakkans gering is. De wetgever heeft in dat licht vergaande administratie-, registratie- en inlichtingenplichten op de mestverwerker gelegd.¹⁹ Zo moet degene die mest verwerkt, nauwgezet een administratie bijhouden van de productie en aanvoer van mi-

11. Zie bijv. CRvB 4 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2284, r.o. 4.6.3, *Gst.* 2017/180, m.nt. Stolze & De Wit, waarin het bestuursorgaan verkennend onderzoek doet naar een bijstandsgerechtigde op Facebook.

12. Advies Afdeling advisering Raad van State van 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557.

13. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS-uitspraak), *Computerrecht* 2017/256, m.nt. Van Eck, *Gst.* 2017/170, m.nt. Assink, *JM* 2017/91, m.nt. Zijlmans.

14. Advies Afdeling advisering Raad van State van 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 23.

15. Zie bijv. A. Cavoukian, *Privacy by Design in Law, Policy and Practice. A White Paper for Regulators, Decision-makers and Policy-makers*, Ontario: 2011, www.ontla.on.ca/library/repository/mon/25008/312239.pdf.

16. Advies Afdeling advisering Raad van State van 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 24.

17. M. Hildebrandt, ‘Juridische bescherming “by design”’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2010, afl. 2, p. 101-106 en M. Hildebrandt, ‘Wat weet mijn auto nog meer? Juridische bescherming *by design* in tijden van het Internet van de Dingen’, *AA* 2016, afl. 2, p. 97-102.

18. Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 oktober 2018, *Kamerstukken II* 2018/19, 17050, 545.

19. Zie over dat systeem o.a. CBB 12 april 2012, *AB* 2013/67, m.nt. Schuurmans & Bakker en recent CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, na conclusie van A-G P.J. Wattel van 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187.

neralen en van de afgevoerde en opgeslagen mest. Dat moet een sluitende mestboekhouding opleveren, anders bestaat het vermoeden dat de mest illegaal is uitgereden of afgevoerd en volgt een boete, die gemakkelijk tot in de tienduizenden euro's loopt. Door de vergaande administratieplicht dwingt de overheid dataverzameling door de mestverwerker af. Het mestvervoer zelf is ook 'gedataficeerd'. De regelgeving schrijft voor dat drijfmest alleen mag worden geleverd door vrachtwagens die zijn uitgerust met automatische gegevensregistratie (AGR). Die AGR moet onlosmakelijk zijn verbonden met het transportmiddel en in verbinding staan met satellietvolgapparatuur:

'De vervoerder draagt er zorg voor dat op het tijdstip van het laden en het lossen van drijfmest door de AGR-apparatuur de door de satellietvolgapparatuur gegenereerde gegevens inzake (...) de locatie, de datum en het tijdstip van het lossen van het transportmiddel automatisch worden vastgelegd en met de in het eerste en tweede lid bedoelde gegevens elektronisch aan de minister worden verzonden.'²⁰

Bij dit wettelijk voorgeschreven type vervoer is frauderen heel lastig: met gps kan gemakkelijk worden achterhaald op welk perceel de mestwagen is geweest en de automatische data-uitwisseling met het bestuursorgaan levert alle benodigde gegevens. Een mooi voorbeeld van *proven by design*, al weten we uit mediaberichten dat fraude helaas nog steeds massaal plaatsvindt (maar dat zit dan meer in het illegale vervoer met de eigen trekker). Levert deze afgedwongen bewijsverzameling strijd op met artikel 6 lid 2 EVRM? Nee, zo oordeelden de A-G en het College van Beroep voor het bedrijfsleven onlangs, omdat steeds tegenbewijs mogelijk is.²¹

Juristen hebben nog weinig onderzoek gedaan naar de mate van dataverwerking en -analyses door bestuursorganen, zoals bijvoorbeeld in de meststoffenregelgeving. Er zijn vele andere toepassingen mogelijk waarin belanghebbenden verplicht worden automatisch gegevens vast te leggen en met het bestuursorgaan uit te wisselen. Komt er een tijd dat de bijstandsgerechtigde alleen nog met een bepaalde app betalingen mag doen, zodat de uitgaven steeds controleerbaar zijn? Of kan de belastingplichtige die een bepaalde aftrek wil, in de toekomst alleen nog een elektrische auto leasen, zodat de Belastingdienst bepaalde voor belastingheffing relevante data automatisch kan ontvangen en analyseren? Voor velen is dit nog een brug te ver, maar een overheid in de datasamenleving, die streeft naar efficiëntie, zal nog met vele toepassingen komen van data-analyse en automatische gegevensregistratie. De grote druk op publieke middelen en natuurlijke grondstoffen brengt de overheid bij de meest exploitabele nieuwe grondstof: data. Alleen met 'slimmere' analyses kan zij een bepaald welvaartsniveau handhaven. Dat doet de overheid inderdaad van karakter veranderen. De politiek zou dat tegen kunnen houden, het bestuursrecht als zelfstandige factor niet. Ondanks de lokroep van *privacy by design* neigt de overheid bij het ontwerp van systemen

naar *proven by design*. Het bestuursrecht moet daarbij de normatieve grenzen trekken en zorg dragen voor reële rechtsbescherming. Dat vraagt om meer begrenzing van toezichtsbevoegdheden, de ontwikkeling van nieuwe rechtsnormen en betere rechtsbescherming tegen feitelijk handelen.

YES

20. Aldus artikel 55 lid 4 Uitvoeringsregeling meststoffenwet.

21. CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, na conclusie van A-G P.J. Wattel van 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187.