

QR code in the top left corner.

@zwenne

JPAO BASISCURSUS AVG & UVAG | 2021

Big data, artificiële intelligentie & AVG

geautomatiseerde besluitvorming incl. profilering

Prof. mr. G-J. (Gerrit-Jan) ZWENNE



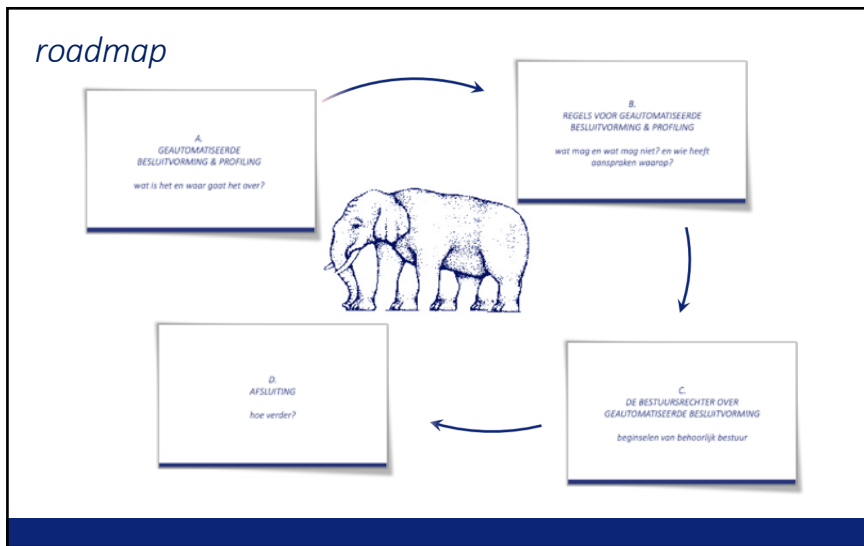
Universiteit
Leiden



1



2



4

A. GEAUTOMATISEERDE BESLUITVORMING & PROFILING

wat is het en waar gaat het over?

5

geautomatiseerde besluitvorming

geautomatiseerde verwerking waarbij aan de hand van persoonsgegevens besluiten worden genomen

géén definitie
wél voorbeelden

- opleggen van snelheidsboeten op grond van bewijs van flitscamera's
- uitnodigen voor een sollicitatiegesprek
- beoordelen van belastingaangiften
- etc.

6

profilering (~ prō'fīl'ehr'ing)

Art. 4(4)
AVG

geautomatiseerde verwerking waarbij aan de hand van persoonsgegevens

- bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd
- met de bedoeling met name het volgende te analyseren of te voorspellen:
 - beroepsprestaties
 - economische situatie
 - gezondheid
 - persoonlijke voorkeuren en interesses
 - betrouwbaarheid en gedrag
 - locatie of verplaatsingen

7

Rasterfahndung

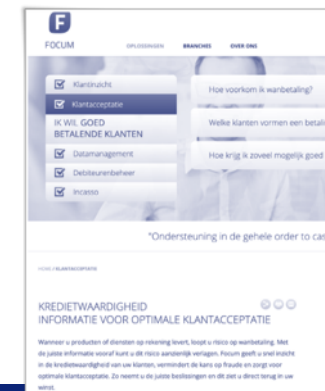
Typically RAF-terrorists use cash and pay their electricity bill in person at the utility (to keep their apartments associated with a false name)



8

credit score ('kredietscore')

- a numerical expression based on a level analysis of a person's credit files, to represent the creditworthiness of the person.
- primarily based on a credit report information typically sourced from credit bureaus.
- to evaluate the potential risk posed by lending money to consumers and to mitigate losses due to bad debt



9

'online profiling or behaviorial advertizing'

- advertising based on observation of behavior of individuals over time
- seeks to study characteristics of this behaviour through actions
- to develop a specific profile and provide these individuals with advertisements tailored to their interests



10

(top)sport

Peter Blangé, ex-international en bondscoach van het Nederlands volleybalteam, vertelt op IT Innovation Day over het gebruik van IT in de (top)sport.

Het digitaal analyseren van het eigen team, de spelers en het team van de tegenstander is niet meer weg te denken in de topsport.

Talenten worden al op vroege leeftijd gevolgd om zo hun prestaties te meten, te vergelijken en te sturen...



11

zoekresultaten

Verder kan de door de zoekmachines verrichte ordening en samenvoeging van de op het internet gepubliceerde informatie, teneinde de gebruikers van deze machines gemakkelijker toegang tot deze informatie te verschaffen, ertoe leiden dat, wanneer deze gebruikers op de naam van een natuurlijke persoon zoeken, zij via de resultatenlijst een **gestructureerd overzicht** krijgen van de over deze persoon op het internet vindbare informatie, waardoor zij een min of meer **gedetailleerd profiel** van de betrokkene kunnen opstellen.

HvJ/EU 13 mei 2014, C-131/12 (Google Spain)



12

B. REGELS VOOR GEAUTOMATISEERDE BESLUITVORMING & PROFILING

wat mag en wat mag niet? en wie heeft aanspraken waarop?

13

de regels

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

geen verbod op profileren maar een recht om niet daaraan te worden onderworpen...

Het woord "recht" in deze bepaling betekent niet dat het artikel [...] alleen van toepassing is wanneer de betrokkene er specifiek een beroep op doet.

Het artikel voorziet in een algemeen verbod op uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluitvorming. Dit verbod is van toepassing, ongeacht of de betrokkene wel of niet actie onderneemt met betrekking tot de verwerking van zijn persoonsgegevens.

WP251rev.01 (Ned), p. 29

14

de regels

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

uitsluitend d.w.z. géén menselijke tussenkomst

Een geautomatiseerd proces produceert iets wat in feite een aanbeveling betreffende een betrokkene is. Als een mens het proces beoordeelt en bij het nemen van het definitieve besluit rekening houdt met *andere factoren*, zou dat besluit niet "uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd" zijn.

WP251rev.01 (Ned), p. 29

die menselijke tussenkomst mag dus niet slechts symbolisch zijn


15

Uber: wél geautomatiseerde besluitvorming

Rb A'dam 24 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1415
De rechtbank

3.1. verklaart voor recht dat de besluiten van gedaagde aangaande de beweerdelijke schending van door gedaagde gehanteerde voorwaarden en/of de beweerdelijke frauduleuze handelingen van eisers en/of de beëindiging van de tussen gedaagde en eisers bestaande overeenkomst en/of deactivering van de door Uber Driver accounts van eisers zijn aan te merken als uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerde besluiten waaraan voor eisers rechtsgevolgen zijn verbonden of die hen anderszins in aanmerkelijke mate treffen, in de zin van artikel 22 lid 1 AVG,

3.2. vernietigt de geautomatiseerde besluiten van gedaagde aangaande de beweerdelijke schending van door gedaagde gehanteerde voorwaarden en/of de beweerdelijke frauduleuze handelingen van eisers en/of de beëindiging van de tussen gedaagde en eisers bestaande overeenkomst en/of deactivering van de door Uber Driver accounts van eisers,




16

Uber: betekenisvolle menselijk tussenkomst

Rb A'dam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1018

4.12. Uber heeft het besluitvormingsproces als volgt toegelicht. Door een gespecialiseerd team van werknemers van Uber ([...] Risk-team) worden potentiële frauduleuze activiteiten onderzocht. Daarbij wordt gebruik gemaakt van software waarmee potentiële frauduleuze activiteiten kunnen worden gesignaleerd. Bij een dergelijk signaal volgt afhankelijk van de ernst of duur van de activiteiten een waarschuwing aan de chauffeur of een onderzoek door een werknemer van het Risk-team. De werknemers moeten zich bij het uitvoeren van het onderzoek houden aan interne protocollen met indicatoren die kunnen duiden op verschillende frauduleuze activiteiten.

Op grond van de protocollen moeten de werknemers de potentiële fraudesignalen en de feiten en omstandigheden analyseren om het bestaan van fraude te bevestigen of uit te sluiten. Zij gebruiken daarbij ook feiten en omstandigheden die zij op basis van hun kennis en ervaring relevant achten. Als een werknemer op basis van het onderzoek vaststelt dat sprake is van een consequent patroon van fraude, kan worden besloten om het account van de chauffeur te deactiveren. Hiervoor is een unaniem besluit van twee werknemers van het Risk-team nodig. Bij conflicterende conclusies vindt onderzoek door een derde werknemer uit het Risk-team plaats.



17

de regels

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

brengt verandering iemands rechten en plichten

- aangaan of beëindiging overeenkomst
- weigering uitkering of toeslag
- opleggen verkeersboetes
- weigeren rijbewijs

advertentie of banner..?

Van een aanbod als bedoeld in art. 6:217 lid 1 BW moet worden onderscheiden een uitnodiging om in onderhandeling te treden of een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

Een voorstel dat niet de elementen bevat die de verbintenissen die uit de te sluiten overeenkomst zullen voortvloeien bepaalbaar maken in de zin van art. 6:227 BW is een uitnodiging om in onderhandeling te treden en geen aanbod

18

de regels

overw. 71
AVG

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

voorbeelden

- automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag
- verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst

advertentie voor online casino aangeboden aan gokverslaafde

19

Systeme Risico Inventarisatie (SyRI)

Rb Den Haag 5 februari 2020,
ECLI:NL:RBDHA:2020:865



De rechtbank laat in het midden of wordt voldaan aan de precieze definitie in de AVG van geautomatiseerde individuele besluitvorming en, voor zover dat het geval is, aan een of meer van de uitzonderingsgronden op het verbod daarvan in de AVG. Dat is ook niet relevant in het kader van de toets van de rechtbank of de SyRI-wetgeving voldoet aan artikel 8 EVRM. Wel acht de rechtbank het genoemde aanmerkelijk effect van het doen van een risicomelding en opname in het register risicomeldingen op het privéleven van de betrokkene een factor van betekenis bij haar beoordeling of de SyRI-wetgeving voldoet aan artikel 8 lid 2 EVRM. Ook dit effect bepaalt mede de mate waarin met de SyRI-wetgeving sprake is van inmenging op het recht op respect voor het privéleven. Zij neemt daarbij in aanmerking dat onderdeel van het recht op bescherming van persoonsgegevens het recht van eenieder is om zijn persoonsgegevens in redelijke mate te kunnen volgen en over de verwerking van zijn gegevens te worden geïnformeerd.

20

2.7. [De speler] heeft door middel van het internet deelgenomen aan kansspelen waartoe Unibet gelegenheid heeft gegeven op de website www.unibet.com, al dan niet na naar die website te zijn doorgeleid vanaf het domein www.unibet.nl. Partijen zijn hiertoe in 2010 een overeenkomst van kansspel aangegaan, waarop de onder 2.3 bedoelde algemene voorwaarden van toepassing zijn. In het kader van zijn deelname aan de door Unibet aangeboden kansspelen heeft [de speler] voor het eerst op 26 juni 2010 en voor het laatst op 30 januari 2012 bedragen ingezet. Van eerstgenoemde tot en met laatstgenoemde datum, dus in een tijdsbestek van circa anderhalf jaar, heeft hij in totaal ruim € 2.200.000,- ingezet. Per saldo, wanneer de ingezette bedragen worden verminderd met de door Unibet aan hem uitgekeerde bedragen, heeft [de speler] een verlies geleden van € 184.671,50.

2.8. Op 10 februari 2012 is [de speler] opgenomen in een crisistract van de GGZ Friesland wegens een verslavingsprobleem. Op 20 maart 2012 is hij om die reden opgenomen op de afdeling intensive care van Verslavingszorg Noord Nederland voor de duur van drie weken. Hiernaast is hij tot en met september 2012 bij dezelfde instelling ambulante behandeld. In het tijdvak waarin hij deelnam aan de door Unibet aangeboden kansspelen woonde [de speler] samen met zijn vriendin en hun twee kinderen. De desbetreffende affectieve relatie is op de klippen gelopen en [de speler] is daarop naar elders verhuisd. In hetzelfde tijdvak is hij geruimteling met vrienden en familie aangegaan, als gevolg waarvan hij schulden heeft opgelopen.

Hof A'dam 25 oktober 2016
ECLI:NL:GHAMS:2016:4212

21

Uber: géén aanmerkelijk effect

Rb A'dam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1018

4.25. Uit de toelichting van Uber op haar fraudebestrijdingsproces die zij op de mondelinge behandeling heeft gegeven volgt dat na een

fraudesignaal de toegang van de chauffeur tot de Driver app tijdelijk wordt geblokkeerd totdat de chauffeur contact heeft opgenomen met een werknemer van Uber. De toegang tot de Driver app wordt gereactiveerd zodra de chauffeur contact heeft opgenomen.

Gelet op deze toelichting van Uber aan de rechtbank ervan uit dat het besluit om de toegang tot de Driver app na een fraudesignaal tijdelijk te blokkeren automatisch, zonder menselijke tussenkomst, wordt genomen.

Deze tijdelijke blokkade heeft echter geen langdurig of blijvend effect, zodat het geautomatiseerde besluit geen rechtsgevolgen heeft of de chauffeur in aanmerkelijke mate treft zoals bedoeld in de Richtsnoeren (zie hiervoor onder 4.11).

4.26. De conclusie is dat niet is gebleken dat Uber ten aanzien van [verzoekers] geautomatiseerde besluiten in de zin van artikel 22 lid 1 AVG heeft genomen.



22

'anderszins in aanmerkelijke mate treft'...(?)



23

toetsvraag

Volgens de docent, prof. mr. Zwenne, kan een advertentie voor een online casino, aangeboden aan een gokverslaafde, worden opgevat als een besluit dat dat deze betrokkene in aanmerkelijke mate treft.

A dit is juist

B dit is onjuist

24

de regels

Art. 22 AVG

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

uitzonderingen

- noodzakelijk voor uitvoering van overeenkomst tussen de betrokkene en een verantwoordelijke
- toegestaan bij Uniewetgeving of nationale wetgeving
- uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

25

de regels

SyRI-besluit
Aerius

uitzonderingen

- noodzakelijk voor uitvoering van overeenkomst tussen de betrokkene en een verantwoordelijke
- toegestaan bij Uniewetgeving of nationale wetgeving
- uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

art. 7, overw. 32, 42-43 AVG

moeizaam voor overheden

voorbeelden

- geautomatiseerde selectie in sollicitatieprocedure(?)
- een datingsite
- Netflix aanbevelingen

filter-bubbles(...?)

26

de regels

een recht om

- niet te worden onderworpen aan een besluit dat uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering
- waaraan voor hem of haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

uitzonderingen

- noodzakelijk voor uitvoering van overeenkomst tussen de betrokkene en een verantwoordelijke
- toegestaan bij Uniewetgeving of nationale wetgeving
- uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Art. 40 UAVG

art. 22 AVG geldt niet voor 'geautomatiseerde individuele besluitvorming anders dan op basis van profilering' nodig ter uitvoering van een taak van algemeen belang

 Verkeersboete.nl

27

transparantieplichtingen

- het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van [...] profilering, en,
- nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.

Art. 13.2(f) AVG

Art. 14.2(g) AVG

Art. 15.1(h) AVG

Art. 21.1 AVG

gedetailleerde informatie over:

- de belangrijkste kenmerken die bij de besluitvorming relevant zijn
- bron van deze informatie en het belang ervan.

bijvoorbeeld

- informatie die de betrokkene via het aanvraagformulier heeft verstrekt
- informatie over omgang met krediet in het verleden, waaronder betalingsachterstanden
- informatie uit officiële openbare bronnen, zoals frauderegisters en insolventieregisters.

[WP251rev.01, p. 37]

28

Een verzekeringsmaatschappij maakt gebruik van geautomatiseerde besluitvorming om premies voor een motorrijtuigenverzekering vast te stellen op basis van **monitoring van het rijgedrag** van klanten. Om het belang en de verwachte gevolgen van de verwerking toe te lichten, legt de verwerkingsverantwoordelijke uit dat **gevaarlijk rijden tot hogere verzekeringsuitkeringen [bedoeld zal zijn: premies]** kan leiden en stelt hij een app ter beschikking die fictieve bestuurders, waarvan één met gevaarlijke rijgewoonten zoals snel optrekken en op het laatste moment remmen, met elkaar vergelijkt. Hij gebruikt beeldmateriaal om **tips te geven** geven om deze gewoonten te verbeteren en zodoende de verzekeringspremies te verlagen.

[WP251rev.01 (Ned), p. 29]

29

bijzondere gegevens

géén verwerking van bijzondere gegevens bij geautomatiseerde besluitvorming

Art.22.4
AVG

tenzij

- uitdrukkelijke toestemming, of
- o.g.v. unie- of nationaal recht, t.b.v. zwaarwegend algemeen belang, evenredigheid, passende maatregelen etc.

Art.9.2(a)
AVG

Art.9.2(g)
AVG

én

- passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene

- ras of etnische afkomst
- politieke opvattingen
- religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen
- lidmaatschap van een vakbond
- genetische gegevens
- biometrische ID-gegevens
- gezondheid,
- seksueel gedrag of seksuele gerichtheid



30

kinderen

(71) De betrokkene dient het recht te hebben niet te worden onderworpen aan een louter op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit, dat een maatregel kan behelzen — over persoonlijke hem betreffende aspecten, waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk treft [...]

Een dergelijke maatregel mag geen betrekking hebben op een kind.

Aangezien deze formulering niet terugkomt in het artikel zelf, beschouwt de Groep artikel 29 dit niet als een absoluut verbod op dit soort verwerking met betrekking tot kinderen. In het licht van deze overweging beveelt de Groep artikel 29 echter aan dat verwerkingsverantwoordelijken in beginsel geen gebruik mogen maken van de vrijstellingen van artikel 22, lid 2, om dit soort verwerking te rechtvaardigen.

31

Rasterfahndung
Typically RAF-terrorists use cash and pay their electricity bill in person at the utility (to keep their apartments associated with a false name)

zoekresultaten
Verder kan de door de zoekmachines verrichte ordening en samenvoeging van de op het internet gepubliceerde informatie, tenslotte de gebruikers van deze machines gemakkelijker toegang tot deze informatie te verschaffen, anders leiden dit, wanneer deze gebruikers op de naam van een natuurlijke persoon zoeken, zij via de resultatenlijst een gestructureerd overzicht krijgen van de over deze persoon op het internet vindbare informatie, waardoor zij een min of meer gedetailleerd profiel van de betrokkene kunnen opstellen.

(top-)sport
Peter Blangé, ex-international en bondscoach van het Nederlands volleybalteam, vertelt op IT Innovation Day over het gebruik van IT in de (top-)sport. Het digitaal analyseren van het eigen team, de spelers en het team van de tegenstander is niet meer weg te denken in de topsport. Talenten worden al op vroege leeftijd gevolgd om zo hun prestaties te meten, te vergelijken en te sturen.

'online profiling or behavioral advertising'
• advertising based on observation of behavior of individuals over time
• seeks to study characteristics of this behavior through actions
• to develop a specific profile and provide these individuals with advertisements tailored to their interests

33

C. DE BESTUURSRECHTER OVER GEAUTOMATISEERDE BESLUITVORMING

beginselen van behoorlijk bestuur

34

bestuursrechter

mate van arbeidsongeschiktheid vastgesteld op 43,88%... Maar géén sprake van besluitvorming die als gevolg van niet kenbare keuzes, gegevens en aannames onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar is.

- CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737
- HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316
- ABRvS van 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259

het bestuursorgaan [moet zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens.

"verplichting [voor bestuursorgaan] om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn"

35


D. AFSLUITING

hoe verder?

42

de spanning tussen big data en de AVG

- *use of algorithms* (transparantie (art. 12-14 AVG))
- *opacity of the processing* (profilering (art. 22 AVG))
- *tendency to collect all data* (doelbinding (art. 5.1b))
- *repurposing of data, and* (gegevensminimalisatie (art. 5.1c))
- *use of new types of data*



43

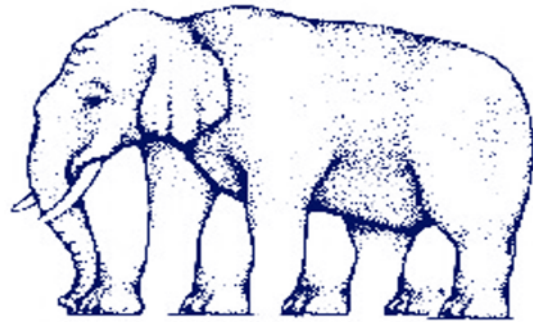
in a big-data age most innovative secondary uses [of data] haven't been imagined when the data is first collected.

How can companies provide notice for a purpose that has yet to exist? How can individuals give informed consent to an unknown...?

free, specific, informed and unambiguous 'opt-in' consent would almost always be required, otherwise further use cannot be considered compatible

[Mayer-Schönberger & Cukier 2013] [WP29 2013]

44



vragen?

g.j.zwenne@law.leidenuniv.nl