

## Big data op de werkvloer

Prof. mr. W.L. Roozendaal, datum 09-07-2018

**Datum**

09-07-2018

**Auteur**

Prof. mr. W.L. Roozendaal

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Privacy / Bescherming persoonsgegevens

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht



Op YouTube staat een filmpje waarin Frans Bromet mensen interviewt over de mobiele telefoon. Het is 1998. Zakenlieden, studenten en moeders vertellen geen behoefte te hebben aan zo'n apparaat. "Het lijkt me niet prettig om altijd bereikbaar te zijn" zegt de een. "Dan word ik zeker gebeld op de fiets" schampert de ander. Technologie heeft ons leven sindsdien ingrijpend veranderd. Ook voor de arbeidsrelatie heeft deze technologische revolutie gevolgen. De kloof tussen digibeten en ict-behendigen zal blijven groeien. Robots zullen steeds vaker de banen van laaggeschoolden innemen. Sommigen vrezen zelfs dat uiteindelijk ook de mens overbodig wordt, omdat computers zelfdenkende organismes zullen worden die zich zelfs tegen de mens kunnen keren.

Dichter bij huis zijn de gevolgen die de datarevolutie nu al heeft voor de arbeidsrelatie. Grote bedrijven maken steeds meer gebruik van grotendeels geautomatiseerde sollicitatieprocedures. Frustrerend voor de afgewezen 90%, die niet weet waarom hun cv niet aanspreekt omdat ze alleen maar te horen krijgen: "Computer says no". In een nog geavanceerder systeem wordt ook het kiezen van selectiekenmerken aan de computer overgelaten. Sollicitanten wordt gevraagd om zichzelf op video op te nemen terwijl hij of zij bepaalde vragen beantwoordt. Antwoord, lichaamstaal en intonatie worden vervolgens via software vergeleken met de video's opgenomen door de beste 10% van de werknemers van het bedrijf. Zal een sollicitant worden afgewezen omdat hij omlaag keek bij de vraag wat hij zou doen met een miljoen, en niet omhoog? Wie beoordeelt waarom dat gegeven relevant zou zijn?

Dit zijn, toegegeven, voorbeelden uit de VS. Maar ook in Nederland wordt "HR Analytics" door trendwatchers als de nieuwe hype in human resources gezien. Met HR Analytics wordt bijvoorbeeld gedoeld op het massaal vergelijken van datagebruik patronen om productiviteit te monitoren en voorspellingen te doen over bijvoorbeeld ziekteverzuim en kinderwensen. Zo kunnen high-potentials maar ook werknemers met een minder aantrekkelijk profiel tijdig worden gedetecteerd. Aldus zoeken kinderloze dertigers maar beter niet meer via hun werkaccount naar een gezinshuis op Funda. HR Analytics kan daarnaast bestaan uit het aanleggen van bestanden met persoonlijkheidskenmerken van werknemers, om deze vervolgens te koppelen aan hun zakelijke prestaties, zoals bij Eneco wordt gedaan (zie [www.hrpraktijk.nl/topics/hr-analytics/nieuws/praktijkvoorbeeld-eneco-aan-de-slag-met-hr-analytics](http://www.hrpraktijk.nl/topics/hr-analytics/nieuws/praktijkvoorbeeld-eneco-aan-de-slag-met-hr-analytics)). De HR manager van Eneco vindt het belangrijk dat deze data flexibel wordt aangeleverd:

"Managers of business partners moeten zelf makkelijk informatie kunnen uitsplitsen naar bijvoorbeeld mannen en vrouwen of bepaalde leeftijdscategorieën."

De vraag is natuurlijk hoe deze ongekende nieuwe mogelijkheden om werknemers te profileren zich verhouden tot het

recht. Het zal maar weinigen zijn ontgaan: op dergelijke dataverwerking is sinds 25 mei 2018 de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van toepassing. De AVG is in de plaats gekomen van Richtlijn 95/46/EG en (in ons land) de Wet bescherming persoonsgegevens. Wat aanvankelijk een AVG-hype was, is hier en daar alweer een beetje omgeslagen in AVG-moeheid. Internetgebruikers mopperen dat ze steeds voor van alles hun akkoord moeten geven, organisaties ervaren het als belastend dat ze om dat akkoord moeten vragen. Toch een beetje overdreven allemaal, zo hoor je de mensen denken.

Maar de voorgaande voorbeelden tonen wat mij betreft aan dat het niet overdreven is grenzen te stellen aan onbeperkte dataverwerking. In de 19<sup>e</sup> eeuw ontstonden in ons deel van de wereld voor het eerst voor iedereen onbeperkte mogelijkheden om te ondernemen. De onzichtbare hand van de markt zou zorgen voor een eerlijke verdeling van de opbrengst. In de loop van de 19<sup>e</sup> en 20<sup>e</sup> eeuw bleken dwingendrechtelijke grenzen aan die ondernemingsvrijheid noodzakelijk. De 21<sup>e</sup> eeuw is de eeuw van onbeperkte dataverwerking. Nu wordt ons voorgespiegeld dat wij moeten vertrouwen op de minstens zo ongrijpbare werking van 'algoritmes'. Maar net zo min als aan de markt willen wij de regie overlaten aan algoritmes. Ook het gebruik hiervan moet worden begrensd.

De AVG is daarbij slechts een eerste aanzet. Ten opzichte van de Richtlijn is nieuw in de AVG de regulering van 'profilering', gedefinieerd als 'elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen' (art. 4 lid 4 AVG). Art. 22 AVG geeft betrokkenen het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit. Er moet enige menselijke tussenkomst worden voorzien. Art. 35 AVG stelt een gegevensbeschermingseffectbeoordeling verplicht wanneer een verwerking een hoog risico inhoudt, zoals bij profilering. In een dergelijke beoordeling moet onder andere worden aangegeven welke maatregelen zijn genomen om eventuele risico's voor de betrokkenen te beperken. Dit omvat de verplichting om uit te leggen hoe een besluit met behulp van profilering tot stand is gekomen (zie ook art. 13 en 14 AVG).

De Artikel 29-Werkgroep, een EU-adviesorgaan op het gebied van privacy die thans is vervangen door de European Data Protection Board, heeft in oktober 2017 een rapport opgesteld over profilering. De Werkgroep verwachtte veel van transparantie. Transparantie over het gebruik van algoritmes waarborgt echter nog geen substantiële bescherming tegen oneerlijke of discriminerende uitkomsten van profilering. Er is een inherente waarschijnlijkheid dat algoritmes die gebaseerd zijn op (arbeidsmarkt)data uit het verleden, discriminatie op de arbeidsmarkt uit het verleden bevestigen of zelfs verergeren. De sollicitante die een videoregistratie van zichzelf moet indienen, komt wellicht niet als beste uit de vergelijking met topwerknemers omdat zij, zeg, als Aziatische vrouw een andere mimiek heeft dan de door de werkgever eerder geselecteerde topgroep van witte mannen. Maar of dit in een specifiek geval al dan niet aan de hand is blijft een 'black box'. Heeft de betrokkene dan wel iets aan transparantie? (vgl. Lilian Edwards & Michael Veale, 'Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' is probably not the remedy you are looking for', *16Duke Law & Technology Review*18 (2017), te raadplegen op [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2972855](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855)).

Algoritmes werken met het herkennen van patronen op basis van correlaties, maar geven geen informatie over causale verbanden. Als dit wordt miskend kunnen gemakkelijk pijnlijke conclusies worden getrokken uit die patronen. Volgens de Werkgroep moeten organisaties in het kader van de gegevensbeschermingseffectbeoordeling dan ook regelmatig controleren of de gebruikte algoritmes geen 'discriminatoire, foutieve of ongerechtvaardigde resultaten' opleveren. Deze verplichting is echter niet met zoveel woorden terug te vinden in de AVG. Dit constateerde ook de WRR in een studie naar Big data in het veiligheidsdomein (*Rapport nr. 95, Big data in een vrije en veilige samenleving, AUP* 2016). De WRR signaleert een hiaat in de regulering van de analyse van gegevens, waardoor risico's ontstaan zoals discriminatie en te veel pretenderende gegevensanalyses.

Van de – doorgaans niet-juridisch geschoolde – algoritme programmeur kan vooralsnog niet worden verwacht dat hij op grond van de vage aanbeveling om 'eerlijk' om te gaan met profilering, weet hoe hij zijn gegevensanalyses dient aan te passen. Toch zie ik in deze aanbeveling een zekere aanzet tot verbinding van het recht op zorgvuldige gegevensverwerking met andere fundamentele bescherming, zoals bescherming van diversiteit en menselijke waardigheid op de werkplek. Het is zaak om deze aanzet nu uit te werken.

We zijn steeds meer gewend geraakt aan ongebreidelde data uitwisseling via internet. Deze technologie heeft het leven van velen ingrijpend veranderd en in veel opzichten gemakkelijker gemaakt. Maar nu moeten normatieve kaders worden ontwikkeld om 'big data'-gebruik te kanaliseren, ook al zal dat een deel van het gemak wegnemen. De normen die de AVG daarvoor thans biedt zijn te vergelijken met het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW. Die norm is onmisbaar, maar neemt niet de noodzaak weg van het daarnaast geldende pakket aan specifiekere arbeidsrechtelijke bescherming. Iets dergelijks geldt ten aanzien van het eerlijke gebruik van 'big data'. Het is hoog tijd voor specifiekere beschermingsmechanismen. Datzelfde moet ook gebeuren met het eerlijke gebruik van 'big data'.