

# Differentiatie of discriminatie van klanten van (financiële) ondernemingen. En hoe werkt dat bij algoritmen?

Ondernemingsrecht 2020/14

Financiële ondernemingen kunnen, met het voortschrijden van de techniek, in toenemende mate klanten verschillend behandelen. Er zijn nauwelijks bepalingen opgenomen in financiële toezichtregeling, algemeen privaatrecht of privacyregeling die ongelijke behandeling verbieden. Het juridische kader omtrent het verschillend behandelen van klanten bestaat dan ook vooral uit de AWGB en de WGB/CZ. De auteurs passen dit kader toe op de geïdentificeerde drie redenen waarom financiële ondernemingen klanten verschillend zouden willen behandelen. Voor de toelaatbaarheid van het maken van onderscheid is het van belang of er sprake is van direct of indirect onderscheid. Van direct onderscheid is sprake wanneer een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie vanwege een verboden grond, bijvoorbeeld ras of religie. Direct onderscheid is altijd verboden. Bij indirect onderscheid gaat het erom dat een ogenschijnlijke neutrale handelswijze bepaalde groepen bijzonder treft. Indirect onderscheid kan gerechtvaardigd worden. De auteurs bespreken aan de hand van de jurisprudentie de mogelijkheden hiertoe. Wat een goede rechtvaardiging is voor indirect onderscheid is uiteindelijk echter een maatschappelijke afweging. Met betrekking tot zelflerende algoritmen is het relevant dat deze algoritmen ook (impliciet) discriminerende conclusies kunnen trekken zonder dat de eigenaren van de algoritmen dit weten. De auteurs pleiten er dan ook voor om proactief te zoeken naar groepen die mogelijk benadeeld worden door beleid (en of algoritmen) van een onderneming, zodat de onderneming zich een (actueel) oordeel over de maatschappelijke acceptatie kan vormen. Zo zal een verstandige financiële onderneming de risico's van de inzet van algoritmen meenemen in de SIRA of in het product approval proces (PARP).

## 1. Inleiding

Met het voortschrijden van de techniek wordt een oude vraag opnieuw urgent: in hoeverre mogen financiële ondernemingen klanten verschillend behandelen?<sup>2</sup> Mag een

<sup>1</sup> Emanuel van Praag is advocaat te Amsterdam en senior fellow aan de Erasmus School of Law. William Slooff is advocaat te Amsterdam.

<sup>2</sup> Wij hebben dit artikel toegespitst op financiële ondernemingen, maar de conclusies zullen in grote lijnen ook gelden voor ondernemingen van buiten de financiële sector.

financiële onderneming van een bepaalde groep klanten extra documentatie vragen, die zij bij andere klanten niet vraagt? Mag een financiële onderneming klanten verschillende prijzen in rekening brengen voor dezelfde dienst of sommige klanten zelfs weigeren?

Er zijn drie redenen waarom een financiële onderneming onderscheid tussen klanten zou (willen) maken en waarom deze vraag juist nu relevant is.

- (i) De schoonheid van de eenvoud  
Financiële ondernemingen zijn hun processen en systemen aan het automatiseren. Geautomatiseerde processen zijn goedkoop als ze eenmaal draaien, maar zijn duur om te implementeren. Geautomatiseerde financiële dienstverlening richt zich daarom doorgaans op de 90% van de klanten die min of meer gelijk zijn. Om ook processen in te richten voor de 10% met afwijkende eigenschappen, loont vaak de moeite niet.
- (ii) Sommige klanten brengen een groter financieel risico met zich mee  
De kosten om een financieel product te leveren verschillen per klant. De klant die zijn lening niet afbetaalt, of de klant die voortijdig doodgaat (bij een overlijdensrisicoverzekering), is minder winstgevend of zelfs verlieslatend. Door nieuwe databronnen wordt het steeds gemakkelijker de potentieel minder rendabele klanten te identificeren en deze hogere kosten (dat wil zeggen rente of premie) te rekenen of zelfs te weigeren.
- (iii) Sommige klanten zijn minder prijsbewust  
De ene klant is bereid meer te betalen voor een product dan de andere. Een onderneming realiseert de hoogste winst als elke klant precies zo veel betaalt, als hij maximaal voor een product over heeft. Door nieuwe databronnen wordt het mogelijk steeds preciezer in te schatten wat een specifieke klant voor een product over heeft en deze klant een individuele aanbieding te doen.

Als overkoepelend thema bespreken wij het gebruik van door middel van machine learning getrainde algoritmen. Deze technieken vergroten en verfijnen de mogelijkheid om onderscheid te maken tussen klanten.

Zoals hierna zal blijken, is de juridische vraag vaak in hoeverre indirect onderscheid in de zin van de discriminatieregeling op basis van deze redenen kan worden gerechtvaardigd. Daarom bespreken wij eerst in paragraaf 2 de anti-discriminatie regeling. In paragraaf 3 zullen wij vaststellen dat financiële toezichthouders bezorgd zijn over de mogelijkheid dat financiële ondernemingen klanten on-

gelijk behandelen, maar dat er nauwelijks bepalingen zijn opgenomen in financiële toezichtregelgeving, algemeen privaatrecht of privacyregelgeving die dit verbieden. Hierna bespreken wij in paragraaf 4 t/m 6 welke mate van onderscheid is toegestaan in de drie benoemde gevallen. In paragraaf 7 gaan wij in op de specifieke problematiek die speelt bij het gebruik van algoritmen.

## 2. **Wat is verboden discriminatie in zin van de Algemene wet gelijke behandeling en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte?**

Discriminatie is in Nederland krachtens de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: AWGB) verboden. De AWGB is de implementatie van diverse Europese richtlijnen die gelijke behandeling beogen.<sup>3</sup> De AWGB is ook van toepassing op private partijen, zoals financiële ondernemingen. De AWGB verbiedt het ondernemingen onderscheid te maken bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot diensten, en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake.<sup>4</sup> Uiteraard is niet elk onderscheid verboden, maar betreft dit verbod onderscheid dat is gebaseerd op verboden gronden, zoals godsdienst, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Verder gaat het erom dat het onderscheid leidt tot een ongelijke behandeling ten opzichte van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>5</sup>

### 2.1 **Wat is het verschil tussen direct onderscheid en indirect onderscheid?**

De discriminatieregeling kent een belangrijk verschil tussen direct en indirect onderscheid.<sup>6</sup> Van direct onderscheid is sprake,

“indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.”

Naar het oordeel van het Hof van Justitie van de EU is van directe discriminatie – in dit geval op basis van etniciteit – sprake als

“die etnische afstamming doorslaggevend was voor de beslissing om die behandeling in te voeren.”<sup>7</sup>

Bij indirect onderscheid gaat het erom dat

“een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft.”

Dit is al het geval als een

“maatregel in feite een veel groter aantal personen met het beschermde persoonlijke kenmerk benadeelt dan personen zonder dat kenmerk.”

Er kan ook sprake zijn van directe discriminatie zonder dat rechtstreeks wordt gerelateerd aan een verboden grond. Namelijk als de ongelijke behandeling wordt gekoppeld aan een omstandigheid die rechtstreeks is verbonden aan de verboden grond. Een dergelijke redenering is door het College voor de Rechten van de Mens (hierna: CRM) toegepast in een zaak waarbij een verzekeraar geen woonwagens wilde verzekeren.<sup>8</sup> Woonwagengebruikers gelden als een etnische groep in de zin van de AWGB, omdat ze een eigen onderscheiden cultuur hebben.<sup>9</sup> Weigering woonwagens te verzekeren werd lange tijd gezien als indirecte discriminatie, omdat ook mensen die niet behoren tot de (etnische) groep woonwagengebruikers in een woonwagen konden wonen.<sup>10</sup> In een relatief recent oordeel is het CRM omgegaan en tot het oordeel gekomen dat sprake is van directe discriminatie.<sup>11</sup> De gedachte is dat een woonwagengebruiker wel in een woonwagen moet wonen en dus niet aan de eisen van de verzekeraar kan voldoen om voor een verzekering in aanmerking te komen. Daardoor is sprake van directe discriminatie. Dat ook mensen die niet behoren tot de groep woonwagengebruikers in een woonwagen kunnen wonen, maakt dit niet anders.

### 2.2 **Hoe kan indirect onderscheid gerechtvaardigd worden?**

Dit verschil tussen direct en indirect onderscheid is bijzonder relevant. Direct onderscheid kan alleen worden toegestaan in geval van een expliciete wettelijke grond. Indirect onderscheid kan ook zijn toegestaan zonder wettelijke grond. Dit indirecte onderscheid moet dan objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en

3 Onder meer Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.

4 Art. 7 AWGB.

5 Meestal leidt het niet tot veel discussie of personen zich in een gelijke situatie bevinden. Zie nader HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (Nikolova), r.o. 86 t/m 90, A-G Kokott 30 september 2010, C-236/09 (VZW Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a.) r.o. 41 e.v en HvJ EU 10 mei 2011, C-147/08 (Römer), r.o. 42.

6 Art. 1b en 1c AWGB.

7 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (Nikolova).

8 Het CRM baseerde zich hier op onder meer HvJ EU 12 december 2013, C-267/12 (Hay), r.o. 44, HvJ EU 1 april 2008, C-267/06 (Maruko), r.o. 72.

9 CRM 2007-157 r.o. 3.2-3.5.

10 CRM 2006-5, 2007-157 en 2013-111.

11 CRM 2018-14. Zie ook CRM 2017-07.

noodzakelijk zijn.<sup>12</sup> De onderneming moet uitleggen welk legitiem doel door het indirect onderscheid wordt behaald. Een middel is passend als het werkt om het doel te behalen. Een middel is noodzakelijk, als lichtere – voor de gediscrimineerde groep minder belastende – alternatieven minder goed werken. Noodzakelijkheid bevat ook een algemene proportionaliteitstoets: het middel mag niet te nadelig zijn voor de beschermde groep.

### 2.3 De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte vereist zelfs aanpassingen

Naast de AWGB is voor dit artikel ook de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (hierna: WGBH/CZ) van belang. Deze wet is, net als de AWGB, ook van toepassing op private partijen en verbiedt specifiek onderscheid te maken op grond van handicap of chronische ziekte. De WGBH/CZ gaat qua eisen verder dan de AWGB, omdat in deze wet ook een gebod is opgenomen om naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze aanpassingen een onevenredige belasting zouden vormen voor de onderneming.<sup>13</sup>

### 2.4 Bewijslast

Zowel bij de AWGB, als bij de WGBH/CZ rust de bewijslast op de onderneming.<sup>14</sup> In de bewijsvoering van directe of indirecte discriminatie kan een klager er in beginsel mee volstaan aan te tonen dat bepaalde groepen over het algemeen (statistisch) ongunstiger behandeld worden.<sup>15</sup> Het is dan aan de beschuldigde partij de relevante feiten te verstrekken, zodat de eiser het vermoeden van discriminatie kan onderbouwen.<sup>16</sup>

“Dienaangaande heeft het Hof verduidelijkt dat het in eerste instantie weliswaar aan de persoon die zich door schending van het gelijkheidsbeginsel benadeeld acht, is om feiten aan te tonen die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, maar dat bij de vaststelling van die feiten moet worden gewaarborgd dat de verwezenlijking van de doelstellingen van [de richtlijn gelijke behandeling] niet in gevaar kan worden gebracht door de weigering van de verwerende partij om informatie te verstrekken.”

Zoals hierna zal blijken in paragraaf 7, is dit van bijzonder belang, met name bij besluiten die op basis van machine learning zijn genomen.

### 3. Financiële toezichtregelgeving en positie van toezichthouders, algemeen privaatrecht en privacyrecht

De financiële toezichtregelgeving en het algemene privaatrecht kennen slechts zeer beperkte regels die de vraag beantwoorden in hoeverre klanten verschillend mogen worden behandeld. Ook het privacyrecht stelt geen normen hiervoor anders dan welke informatie onder welke voorwaarden mag worden gebruikt om dergelijke beslissingen te nemen.

Voor zover ons bekend zijn er slechts vier expliciete wettelijke geboden in de financiële toezichtregelgeving om klanten gelijk te behandelen.<sup>17</sup> Wij noemen als eerste de verplichting klanten gelijk te behandelen bij de uitvoering van beleggingsorders<sup>18</sup> en ten tweede het verbod voor ICBE beheerders om de belangen van een groep deelnemers boven de belangen van een andere groep te plaatsen.<sup>19</sup> Deze eerste twee gevallen gaan om dienstverlening waarbij de beleggingsonderneming/beheerder een loyaliteitsverplichting heeft. De beleggingsonderneming/beheerder moet de belangen van de klant/deelnemer behartigen. Daarbij past het niet om klanten voor te trekken, in het geval klanten conflicterende belangen hebben. Ten derde is er de verplichting om bij hypothecaire kredieten zittende klanten die hun hypotheek willen verlengen dezelfde rente te rekenen als een nieuwe klant met hetzelfde risicoprofiel (het eensporig rentebeleid).<sup>20</sup> Ook dit is een bijzonder geval. Het eensporig rentebeleid is ingegeven door de omstandigheid dat zittende klanten vaak moeilijk weg kunnen bij hun hypotheekverstrekker.<sup>21</sup> Om te voorkomen dat financiële ondernemingen deze penibele situatie uitbuiten, is hen opgelegd zittende klanten gelijk te behandelen als nieuwe klanten, die wel alternatieven hebben. Een naar ons oordeel meer relevante regeling betreft die inzake de basis betaalrekening.<sup>22</sup> Deze regeling van Europese oorsprong verplicht het banken voor alle klanten die rechtmatig in het land verblijven tegen redelijke kosten een basisbetaalrekening ter beschikking te stellen. Het doel hiervan is de toegang van buitenlandse klanten of commercieel minder aantrekkelijke

12 Art. 2 lid 1 AWGB. Zie ook HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (*Nikolova*), r.o. 111-125.

13 Art. 2 lid 1 WGBH/CZ. In het Besluit algemene toegankelijkheid voor personen met een handicap of chronische ziekte, art. 7 is vastgelegd welke elementen hierbij moeten worden afgewogen.

14 Art. 10 AWGB en art. 10 WGBH/CZ.

15 Statistisch bewijs van discriminatie is expliciet toegestaan (HvJ EU 19 april 2012, C-415/10, r.o. 43) en preambule 15 van Richtlijnen 2000/43 en 2000/78.

16 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (*Nikolova*), r.o. 78.

17 Er zijn daarnaast enige door het mededingingsrecht geïnspireerde regels die het financiële ondernemingen gebieden klanten gelijk te behandelen. Deze zijn beperkt tot b2b relaties. Zie uitvoerig E.J. van Praag, Financiële onderneming, ken uw kostprijs! Prijsregulering in het financieel toezichtrecht, *FR* 2017, p. 482-487.

18 MiFID II Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 van de Commissie van 25 april 2016 houdende aanvulling van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn, art. 67.

19 Art. 83 lid 3 Bgfo.

20 Art. 81 Bgfo.

21 Zie nader E.J. van Praag, Financiële onderneming, ken uw kostprijs! Prijsregulering in het financieel toezichtrecht, *FR* 2017, p. 480.

22 Art. 4:71 f Wft. Zie Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties, art. 15 t/m 20.

klanten tot basisbetaaldiensten te waarborgen.<sup>23</sup> Achterliggende reden is dat het zonder een betaalrekening niet goed mogelijk is om deel te nemen aan de maatschappij.<sup>24</sup>

Daarnaast zijn er wel eens toezichthouders die overwegen dat het oneerlijk zou zijn, als financiële ondernemingen sommige klanten beter behandelen dan anderen. Dit gaat dan met name om prijsdiscriminatie. Dat bespreken wij in paragraaf 6.

Het algemene privaatrecht lijkt evenmin een regel te bevatten die het ondernemingen verbiedt sommige klanten beter te behandelen dan anderen.<sup>25</sup>

Ingevolge de privacyregelgeving moet de klant geïnformeerd worden, als persoonlijke informatie over hem/haar wordt gebruikt om een persoonlijke aanbieding te doen en dient de klant daar vaak toestemming voor te geven.<sup>26</sup> Tevens moet de klant worden geïnformeerd over de logica van een geautomatiseerd besluit en zijn visie over zo'n besluit kunnen geven.<sup>27</sup> De privacy regelgeving biedt naar ons oordeel echter geen rechtsgrond om een beslissing inhoudelijk ter discussie te stellen.<sup>28</sup> De privacy regelgeving zelf bevat ook geen kader waaraan een beslissing inhoudelijk getoetst zou kunnen worden.

#### 4. Onderscheid vanwege de schoonheid van de eenvoud

De eerste reden waarom financiële ondernemingen onderscheid zouden willen maken, duiden wij aan als de schoonheid van de eenvoud. Het bedienen van een extra klantengroep of aanpassing van een bedieningsconcept is vaak kostbaar. Zo is de *onboarding* van een individuele rekeninghouder, zijnde een natuurlijk persoon, relatief eenvoudig. Het is echter al ingewikkelder en vereist een extra investering om een gezamenlijke rekening in te programmeren. Beide rekeninghouders moet worden geïdentificeerd, KYC vragen moeten op beide klanten betrekking hebben en er moet worden voorzien in extra processen voor na *onboarding*, zoals scheiding. Een rekening met een wettelijke ver-tegenwoordiger vereist weer extra procedures. Veel finan-

ciële ondernemingen concentreren zich daarom op de 90% 'normale' gevallen. Personen die buiten deze groep vallen, kunnen vaak slechts terecht bij een beperkt aantal financiële ondernemingen. Wij bespreken een aantal thema's.

##### 4.1 Beperkt pallet aan producten

In een relatief oude zaak weigerde een verzekeraar woonwagens te verzekeren.<sup>29</sup> De reden hiervoor was in dit geval niet het hogere risico van woonwagens, maar het feit dat een verzekering voor een woonwagen een afwijkend acceptatieproces nodig had. Dit paste niet bij de simpele bedrijfsfilosofie van de verzekeraar van standaard producten die eenvoudig via het internet konden worden afgesloten. Het CRM accepteerde dit, zij het dat het de gezamenlijke verzekeraars verenigd in het Nederlandse Verbond van Verzekeraars opriep ervoor zorg te dragen dat woonwagengewoners in de toekomst de inboedel van hun woonwagens kunnen verzekeren tegen voorwaarden vergelijkbaar met hetgeen voor andere woningen gebruikelijk is.

##### 4.2 Aanpassingen voor personen met een handicap of chronische ziekte?

Het CRM heeft in twee zaken uitspraken gedaan waarbij een bank wordt verzocht om systemen zo aan te passen dat ook blinden van internetbankieren gebruik konden maken en ook geestelijk gehandicapten een online rekening konden openen (hiervoor moest een rekening met wettelijke vertegenwoordiger worden aangeboden).<sup>30</sup> Uitgangspunt conform de WHGB/CZ is dat een financiële onderneming het blinden en geestelijk gehandicapten mogelijk moet maken te participeren in de maatschappij, tenzij dit onevenredig belastend is voor de financiële onderneming. In de praktijk legt het CRM de lat hoog om deze onevenredige belasting aan te tonen. Een financiële onderneming moet precies uitleggen welke inspanningen en kosten met een aanpassing gemoeid zijn en waarom dit van haar, gegeven haar omvang en budgetten, niet gevergd kan worden.<sup>31</sup>

#### 5. Onderscheid, omdat de klant duurder is om te bedienen

Een tweede reden waarom financiële ondernemingen onderscheid zouden willen maken tussen klanten, ligt in het financiële risico dat gepaard gaat met dienstverlening aan de klant. Bij financiële producten hangen de financiële ri-

23 Richtlijn 2014/92/EU, preambule 35.

24 Aanbeveling van de Commissie van 18 juli 2011 betreffende toegang tot een elementaire betaalrekening.

25 Zie F. J. Zuiderveen Borgesius, Online Price Discrimination and Data Protection Law Institute for Information Law Research Paper No. 2015-02, p. 5-10, M.E. Bulten, Online prijspersonalisatie in het Nederlandse consumentenrecht, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018, p. 184-189 en de hier aangehaalde literatuur en Geschillencommissie KiFID 20 februari 2017, 2017-654.

26 F.J. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy* 2017, p. 364.

27 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), art. 15 lid 1 h en art. 22 lid 3.

28 Zie uitvoerig S. Wachter & B. Mittelstadt, A right to *reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of Big Data and AI*, *Columbia Business Law Review* – Vol. 2019 – Issue 2.

29 CRM 2006-5. Zie voor een vergelijkbare zaak voor een hypothecaire lening CRM 2007-157.

30 CRM 2017-107 en CRM 2018-46.

31 Financieel-economische overwegingen zijn op zichzelf onvoldoende rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid. Dat is slechts anders indien de vereiste gelijke behandeling in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten of wanneer de met gelijke behandeling gemoeide kosten anderszins in het licht van de situatie disproportioneel moeten worden geacht. De ratio hierachter is dat heel veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen. Indien dergelijk onderscheid zou kunnen worden gerechtvaardigd door een winsttoegmerk, zou de gelijkebehandelingswetgeving veel van haar betekenis verliezen. Zie het CGB rapport Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus; Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecair financiers, december 2006, p. 15.

sico's van een product vaak af van de eigenschappen van de klant. Hierin wijken financiële producten af van veel andere producten. Zo maakt het de supermarkt niet echt uit aan wie hij een pot pindakaas koopt. Het kost altijd evenveel om de pindakaas te maken en zodra deze bij de kassa is afgerekend, scheiden de wegen zich tussen supermarkt en klant. Bij een WA verzekering echter gaat het erom hoe de verzekerde zich in de toekomst zal gedragen. De verzekeraar zal daar een beredeneerde inschatting van willen maken, bijvoorbeeld door te kijken naar eerder ingediende claims. Hiertoe creëert een verzekeraar risicogroepen die geacht worden statistisch een even groot risico te lopen en die daarom dezelfde premie betalen. Ook bij kredieten probeert men een inschatting te maken van het toekomstige (betaal)gedrag onder meer door in het BKR het betaalgedrag uit het verleden te raadplegen. Deze soorten van onderscheid zijn over het algemeen acceptabel. Soms leidt de wijze waarop financiële ondernemingen onderscheid maken tussen goede en slechte risico's echter tot discussie. Wij bespreken een aantal gevallen.

### 5.1 Hogere verzekeringsrisico's door geslacht

Vrouwen leven over het algemeen langer dan mannen en maken ook minder brokken in het verkeer. Daarom hadden verzekeraars de neiging vrouwen meer te rekenen dan mannen voor levensverzekeringen en bij de WA verzekering is dit omgekeerd. Het Hof van Justitie van de EU beoordeelde deze handelwijze als verboden directe discriminatie, wat dus niet was toegestaan.<sup>32</sup> De centrale vraag was of de situaties van vrouwen en mannen vergelijkbaar kunnen worden geacht. Het Hof maakt zich ervan af door te oordelen dat

“de vergelijkbaarheid van situaties moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de handeling van de Unie die het betrokken onderscheid invoert”

en aan te geven dat

“de richtlijn zelf al uitgaat van de vergelijkbaarheid van de respectieve situaties van vrouwen en mannen inzake de premies en uitkeringen van door hen aangegane verzekeringen.”

Gelukkig heeft de A-G een uitgebreide conclusie gegeven, die meer inzicht biedt.<sup>33</sup> De A-G onderkent dat de essentie van verzekeren is dat men risico's probeert te voorspellen en dat het hiervoor noodzakelijk is dat verzekeraars klanten indelen in groepen met een gelijk risico. Bepaalde groepen mogen echter niet gevormd worden, omdat deze volgens de A-G niet passen bij een rechtsunie die is gebaseerd op

“eerbied voor de menselijke waardigheid, eerbiediging van de mensenrechten, gelijkheid en non-discriminatie”.

Discriminatie op grond van geslacht zou alleen zijn toegestaan indien dit bij wet is geregeld en

“wanneer met zekerheid kan worden vastgesteld dat relevante verschillen tussen mannen en vrouwen een dergelijke ongelijke behandeling vereisen.”

De A-G geeft aan dat het hiervoor niet voldoende is, als vrouwen statistisch verschillen van mannen. Deze statistische verschillen vallen misschien wel samen met geslacht, maar worden niet veroorzaakt door geslacht. Zo noemt de A-G als omstandigheden die de levensverwachting beïnvloeden: economische omstandigheden, familiaal kader en sociaal milieu, voedingsgewoonten, gebruik van genotmiddelen en vrijetijdsbesteding. Naar het oordeel van de A-G is het onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling om geslacht van een persoon als het ware als vervangingscriterium voor deze andere onderscheidende factoren te gebruiken. Op die manier kan namelijk niet met zekerheid worden vastgesteld dat onderscheiden verzekeringspremies en -uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke verzekerden uitsluitend zijn gebaseerd op objectieve criteria die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht. Zuiver financiële overwegingen, zoals het door meerdere partijen aangevoerde gevaar van een verhoging van de premies voor een deel van de verzekerden of zelfs voor alle verzekerden, vormen in elk geval geen objectieve grond waardoor ongelijke behandeling op grond van geslacht toegelaten is. De essentie is dus dat geslacht alleen als factor mag worden gebruikt voor het bepalen van de premie voor een verzekering als het risico noodzakelijk samenhangt met het geslacht (en dit in de wet zou zijn geregeld).

### 5.2 Hogere verzekeringsrisico's door chronische ziekte

Een geval van indirecte discriminatie betrof een mevrouw die in het verleden kanker had gehad en een levensverzekering wilde.<sup>34</sup> De verzekeraar rekende een hogere premie, omdat de vrouw vanwege de medische behandelingen die zij had ondergaan een verhoogd risico liep om vroeg dood te gaan. Dit was geen directe discriminatie van chronisch zieken. De verzekeraar rekende namelijk niet alle chronisch zieken een hogere premie, maar alleen die mensen die een verhoogd risico hadden op basis van hun ziekten of de medische behandelingen die zij hadden ondergaan. Het was wel indirecte discriminatie, want chronisch zieken zullen vaker een lagere levensverwachting hebben vanwege de medische behandelingen die zij hebben ondergaan. Dit werd echter gerechtvaardigd door het belang van de verzekeraar om verzekeringen te prijzen naar het daadwerkelijke risico. Anders zouden klanten met lage risico's weer te veel moeten betalen met het risico dat zij weglopen en het ver-

32 HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09 (*Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop VZW*).

33 A-G Kokott 30 september 2010, C-236/09 (*Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop VZW*).

34 CRM 2018-46. Zie voor een vergelijkbaar geval m.b.t. een reisverzekering CRM 2019-09.

zekeringssysteem zichzelf uitholt. Hoewel het dus juridisch is toegestaan om klanten die een chronische/ernstige ziekte hebben (gehad) anders te behandelen, wordt dit wel als een maatschappelijk probleem gezien. Het kan leiden tot langdurige onverzekerbaarheid. Het Verbond van Verzekeraars zoekt daarom naar oplossingen waarbij alle verzekeraars zich ertoe committeren slechts het recente ziekteverleden in acht te nemen.<sup>35</sup>

### 5.3 Postcode discriminatie

Een moeilijke kwestie is zogenoemde postcode discriminatie, de praktijk om in bepaalde postcodes geen (financiële) producten aan te bieden of deze hoger te prijzen. Dit kan leiden tot indirecte discriminatie, omdat in bepaalde wijken allochtonen oververtegenwoordigd zijn.

In 2006 heeft het CRM onderzoek gedaan naar de praktijk van sommige banken om binnen bepaalde postcodes geen hypotheek te verstrekken of slechts onder bezwarende voorwaarden.<sup>36</sup> Het CRM adviseerde om ongerechtvaardigde indirecte discriminatie op basis van postcode te voorkomen door:<sup>37</sup>(i) bij de beoordeling van de kredietwaardigheid (de verhouding tussen beschikbaar maandelijks inkomen en de hypotheeklasten) de postcode of wijk waar de klant woont geen rol te laten spelen en (ii) bij de beoordeling van de waarde van het onderpand te kijken naar ligging, courantheid en staat van het onderhoud van het specifieke pand. Postcode of wijk mogen hierin worden meegenomen, maar mogen geen zelfstandig criterium zijn. Banken hebben dit advies in de gedragscode hypothecaire financieringen (GHF) opgevolgd.<sup>38</sup> Het CRM past deze beleidslijn toe in zijn oordelen.<sup>39</sup>

In januari 2014 heeft het CRM een advies gegeven aan Dazure B.V. inzake de Finvita overlijdensrisicoverzekering.<sup>40</sup> Dit ging dus om een verzekering i.p.v. een hypotheek. Dazure bepaalde de premie aan de hand van postcodes. Klanten uit arme postcodes betaalden meer premie (deze gaan namelijk over het algemeen eerder dood). In arme postcodes wonen echter ook meer mensen uit etnische minderheden. Het college adviseerde als volgt:

“Het vaststellen van de hoogte van de premie op basis van de postcode van de verzekerde leidt tot indirect onderscheid op grond van afkomst, maar dat is niet verboden

omdat er een objectieve rechtvaardiging is voor dit onderscheid. Geen discriminatie van mensen met een laag inkomen en/of van mensen van niet-westerse afkomst.”

De reden voor dit advies is naar ons oordeel gelegen in de volgende constatering van het college:

“Dazure B.V. gebruikt de postcode van de verzekerde niet om groepen mensen uit te sluiten, maar om informatie te krijgen over het inkomen en daarmee over het overlijdensrisico.”

Er was daarmee dus slechts indirecte discriminatie van minderheden en een valide verzekeringstechnische reden om in bepaalde postcodes een hogere premie te rekenen. Deze indirecte discriminatie was ook proportioneel, omdat (i) klanten niet werden geweigerd maar slechts meer premie moesten betalen en (ii) door gebruik van postcode een administratief eenvoudige procedure mogelijk was (daardoor konden ook lagere bedragen worden verzekerd, wat weer gunstig zou zijn voor lage inkomensgroepen). Minder belastende alternatieven voor etnische minderheden waren niet voor handen of administratief te ingewikkeld.

Het CRM onderkent dat overlijdensrisicoverzekeringen anders worden behandeld dan hypotheek, waar postcode immers geen zelfstandig criterium mag zijn. Het CRM verklaart dit verschil doordat bij hypotheek sprake is van weigering van hypotheekaanvragers als zij in een bepaald postcodegebied woonden. Terwijl bij Dazure alleen sprake is van een relatief klein verschil in premie, gebaseerd op het met het gemiddelde inkomen per postcodegebied samenhangende overlijdensrisico. Naar ons oordeel kan ook de omvang van het financiële belang hebben meegespeeld. Een hypotheek voor EUR 250.000 kost al snel EUR 10.000 per jaar aan rente en aflossing, terwijl een overlijdensrisicoverzekering van EUR 250.000 ca. EUR 300 per jaar kost aan premie. Deze relatief beperkte premie van EUR 300 per jaar maakt het proportioneel een individueel onderzoek achterwege te laten.

### 6. Onderscheid, omdat de klant bereid is meer te betalen (prijsdiscriminatie)

De derde reden waarom financiële ondernemingen onderscheid (willen) maken tussen klanten, is omdat sommige klanten simpelweg meer bereid zijn te betalen voor dezelfde dienst of hetzelfde product dan anderen klanten, althans geen actie ondernemen om minder te betalen.<sup>41</sup> Deze klanten zijn minder gevoelig voor de prijs die de fi-

35 Zie <https://www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verbond-wil-verkenning-naar-schone-lei-voor-ex-patienten>.

36 CGB rapport Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus; Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecair financiers, december 2006.

37 Advies 2006-15 inzake de aanvulling van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en de toelichting daarop, op verzoek van de NVB en het CHF, p. 3.

38 Art. 6.1 van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2011.

39 Weigering woonwagens te belenen of verzekeren werd voorheen gezien als indirecte discriminatie, omdat ook mensen die niet behoren tot de culturele groep woonwagengebruikers in een woonwagen konden wonen. Zie CRM 2006-5, 2007-157 en 2013-111. Zoals toegelicht in par. 2.1 is het CRM omgegaan en is een weigering woonwagens te belenen directe discriminatie, wat nooit is toegestaan.

40 Zie [www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/19173](http://www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/19173).

41 Zie uitvoerig FCA, Fair Pricing in Financial Services, October 2018, DP 18/9, p. 15; E.J. van Praag, 'De financiële consument in het big-datatijdperk: een juridische verkenning van profiling, machine learning en geautomatiseerde besluitvorming', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018, p. 149; E.J. van Praag, 'Financiële onderneming, ken uw kostprijs! Prijsregulering in het financieel toezichtrecht', *TFR* 2017, p. 488 en A. Ezrachi & M.E. Stucke, *Virtual Competition*, Harvard University Press 2016, p. 85 e.v.

nanciële onderneming rekent. Hiervoor zijn diverse verklaringen. Sommige klanten zijn gewoon 'lui'. Als zij een nieuw financieel product nodig hebben, benaderen zij alleen de financiële onderneming waarmee zij al zaken doen. Ook wisselen zij zelden van aanbieder. Een verzekering laten zij ook gewoon doorlopen, als er (inmiddels) betere alternatieven op de markt zijn.<sup>42</sup> Veel normale bedrijven proberen klanten reeds dat te rekenen wat zij maximaal willen betalen. Denk bijvoorbeeld aan kortingen voor klanten die meer kopen (Hamsteren!), kortingen voor bejaarden en kinderen in attractieparken en dal- en spitstarieven in het openbaar vervoer. Dit soort kortingsacties zijn alom bekend en leiden tot weinig kritiek.

Sommige soorten van prijsdiscriminatie zijn wel controversieel. Dit is met name het geval als mensen zich niet van te voren realiseren dat zij meer betalen dan hun buurman en als er geen rechtvaardiging lijkt te zijn voor de hogere prijs, anders dan dat iemand bereid is dit te betalen.<sup>43</sup> De ontwikkelingen omtrent FinTech, met name het gebruik van big data, vergroten de mogelijkheden tot prijsdiscriminatie.<sup>44</sup> FinTech maakt het namelijk mogelijk de consument veel beter te kennen en daarom op hem toegesneden aanbiedingen te doen en dus ook om meer te rekenen aan klanten die bereid zijn meer te betalen.<sup>45</sup> Uit onderzoek van EIOPA blijkt dat al 6 verzekeringsondernemingen prijsdiscriminatie toepassen met behulp van diverse bronnen van data over de klant.<sup>46</sup>

De Joint Committee van EBA, EIOPA en ESMA heeft haar zorgen geuit over deze ontwikkeling:<sup>47</sup>

“Firms’ price adjustments based on consumer features and behaviour-based factors could go against financial institutions’ overarching obligation to treat customers in a fair and nondiscriminatory manner. This could be particularly the case when insufficient transparency and disclosure measures about the pricing and segmentation criteria as well as the data sources used by financial institutions when profiling customers are in place.”

En EIOPA:<sup>48</sup>

42 Dit kan een groot verschil maken, zo blijkt uit FCA, General Insurance Pricing Practices Terms of reference, October 2018, MS18/1, p. 8.

43 Zie uitvoerig A. Ezrachi & M.E. Stucke, *Virtual Competition*, Harvard University Press 2016, p. 123 en F. Zuiderveen Borgesius en J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *Journal of Consumer Policy*, p. 355.

44 Zie uitvoerig 'Executive Office of the US President', *Big Data and Differential Pricing*, februari 2015, F. Zuiderveen Borgesius & J. Poort, 'Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law', *J Consum Policy* 2017, p. 347-366.

45 Zie nader E.J. van Praag, *Ondernemingsrecht Financieel Recht* 2016, 'De retailklant in de FinTech wereld: een juridische verkenning', p. 508-509.

46 EIOPA, Big Data Analytics in motor and health insurance: a thematic review, 8 May 2019, p. 41.

47 Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions, 19 december 2016, JC 2016 86 p. 22. Zie ook ESMA response to the Commission Consultation Paper on Fintech: A more competitive and innovative financial sector, 7 juni 2017, ESMA50-158-457, p. 2. Zie ook DNB en AFM Artificiële Intelligentie in de verzekeringssector een verkenning, p. 25.

48 EIOPA, Big Data Analytics in motor and health insurance: a thematic review, 8 May 2019, p. 47.

“EIOPA also considers that current practices such as price optimisation practices, i.e. when the premiums paid by consumers not only depends on their risk but also on their price sensitivity and their likelihood to shop around, could also be challenging from a fairness and ethical perspective. This would be particularly important regarding their potentially adverse impact on vulnerable consumers (e.g. old age, low income, low level of studies). This could also be the case of claims optimisation practices, where the compensation paid to the consumer suffering a loss does not only depend on objective facts like the damage, cost for repair, medical expenses etc. The potential mismatch between consumer's expectations and the actual practices could have a negative impact on consumer's trust, which could eventually become a challenge to the stability of the insurance sector.”

Een geval van prijsdiscriminatie dat door EBA expliciet als risico is genoemd, is dat financiële ondernemingen terechte klachten afwijzen, omdat zij op basis van data-analyse hebben bepaald dat een klant de klacht waarschijnlijk toch niet doorzet.<sup>49</sup>

Zij noemden echter allemaal geen specifieke (toezichtrechtelijke) rechtsgrond op basis waarvan prijsdiscriminatie verboden zou zijn. Zoals besproken in paragraaf 2 en 3, is er geen regel die prijsdiscriminatie verbiedt, tenzij sprake is van discriminatie onder de AWGB.<sup>50</sup>

## 7. Algoritmen en big data

Een geheel nieuwe ontwikkeling is, dat niet mensen maar algoritmen de beslissingen nemen. Denk aan een computer die hypotheekaanvragen nagenoeg volledig zelfstandig beoordeelt op basis van door de computer zelf ontwikkelde algoritmen (er is dus sprake van *machine learning*). Het is belangrijk op te merken dat het risico op discriminatie door algoritmen niet noodzakelijk groter is. Ook veel mensen discrimineren – soms zelf zonder dat zij dit zichzelf realiseren – en ook dit is in de praktijk moeilijk op te sporen.<sup>51</sup> Discriminatie door algoritmen leidt wel tot andere vragen en aandachtspunten. Wij lichten dit toe.

49 Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech), 4 august 2017, EBA/DP/2017/02, p. 48.

50 Wel komt er mogelijk een transparantieverplichting over prijsdiscriminatie. Nederland heeft dit in Europa bepleit bij de evaluatie van de AVG, Preparation of the Council position on the evaluation and review of the General Data Protection Regulation (GDPR), 9 oktober 2019, p. 44. Zie ook concept Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 18 October 2019, p. 53. Dit laatste betreft echter een aanpassing van de Richtlijn consumentenrechten die weer niet van toepassing is op financiële dienstverlening.

51 J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathany and C. R. Sunstein, *Journal of Legal Analysis*, 'Discrimination In The Age Of Algorithms', p. 8.

**7.1 Het algoritme kopieert de discriminerende beslissingen van de mens (supervised learning)**

Een algoritme kan discrimineren door de dataset die het gevoed krijgt en de wijze waarop het algoritme leert.<sup>52</sup> Zo benoemt de FSB ‘supervised learning’.<sup>53</sup> Bij deze trainingsmethode krijgt het algoritme data gevoed met daaraan de labels goed en fout (althans de gewenste opvolging). Het algoritme zoekt dan naar de regels die bepalen welke opvolging wordt gegeven aan welk geval. Zo kan een algoritme de data krijgen van aanvragen voor leningen met daarbij vermeld of de menselijke beoordelaar de lening heeft goedgekeurd of afgekeurd. Het algoritme wordt dan gevraagd regels te herkennen in de beoordelingen van de menselijke beoordelaar. De gedachte is dan dat het algoritme bij nieuwe aanvragen kan worden ingezet en tot dezelfde uitkomst komt als de menselijke beoordelaar zou zijn gekomen. Het algoritme leert dus het gedrag van de menselijke beoordelaar te kopiëren. Stel nou echter dat de menselijke beoordelaar – mogelijk onderbewust – kredietaanvragen van mensen met een buitenlands uiterlijk sneller afwijst. Het algoritme zal dit vooroordeel dan overnemen en eveneens mensen met een buitenlands uiterlijk afwijzen. Uiteraard zit in de meeste hypotheekdossiers geen foto van de aanvrager. Dit neemt het risico echter niet weg. Zo zullen mensen met een buitenlands uiterlijk vaker buitenlandse namen hebben en de naam komt altijd in het hypotheekdossier voor. Het buitenlandse uiterlijk is een verborgen variabele die samenvalt met de variabele naam, die wel bekend is. Het algoritme zal dan leren dat het aanvragers met bepaalde namen moet afwijzen. Dat doen de menselijke beoordelaars immers ook. Dit staat ook wel bekend als de interactiebias.<sup>54</sup>

Wij beoordelen dit als verboden directe discriminatie. De menselijke beoordelaar verbindt conclusies aan het buitenlandse uiterlijk van de klant. Wanneer een mens dit doet, is dit verboden directe discriminatie. Wanneer een computer dit gedrag kopieert, is dit eveneens verboden directe discriminatie. Het is belangrijk op te merken dat directe discriminatie geen (boze) opzet of schuld vereist en dat de gedachtegang van de dader om te discrimineren ook niet bewezen hoeft te worden. Louter het feit dat een beslissing wordt gebaseerd op een verboden grond, kwalificeert al als directe discriminatie.<sup>55</sup> In de praktijk wordt directe discriminatie vaak bewezen doordat er geen andere valide verklaring is waarom bepaalde mensen slechter worden behandeld. Een concreet voorbeeld ter verduidelijking: een portier die allochtonen weigert zal nooit toegeven te discrimineren. Het feit dat er echter geen andere verklaring is waarom alloch-

tonen de nachtclub niet inkomen, is voldoende om discriminatie aan te nemen. Stel nu dat de portier wordt vervangen door een algoritme die bepaalt of je de club inkomt, moet dan opeens meer bewezen worden?

**7.2 Directe discriminatie van een algoritme bij unsupervised learning**

Het is echter ook mogelijk dat in bepaalde groepen inderdaad bepaalde eigenschappen méér voorkomen. Zo zal een algoritme dat onder meer claimdata, geboortedata en geslacht krijgt gevoed, achterhalen dat vrouwen over het algemeen langer leven en beter autorijden. Een doeltreffend algoritme zal hierop acteren in de premiestelling van een levensverzekering of WA verzekering. Het algoritme komt zelfstandig tot conclusie dat vrouwen meer betalen voor de levensverzekering en minder voor de WA verzekering, zonder dat het algoritme hoeft te weten hoe mensen de premiestelling zouden doen. Zoals echter toegelicht in paragraaf 5.1, is directe discriminatie op basis van geslacht bij verzekeringen verboden. Een verzekeringsmaatschappij waarin de mens besluit dat vrouwen minder hoeven te betalen voor een WA verzekering, zou dus aan verboden discriminatie doen. Naar ons oordeel is dit bij een besluit door een algoritme niet anders, aangezien zoals hiervoor reeds toegelicht discriminatie geen opzet of schuld eist. Voldoende is dat mensen anders worden behandeld op basis van een verboden grond (in dit voorbeeld geslacht).

**7.3 Geen gevoelige data in de dataset maar toch discriminatie?**

Een goedwillende financiële onderneming kan directe discriminatie proberen te voorkomen door geslacht (en andere data die niet mogen worden gebruikt) uit de dataset te houden. Zo kunnen geslacht en naam uit de dataset worden gehaald. Alle klanten krijgen in plaats daarvan een nummer.

Als echter de dataset wel het koopgedrag of bezochte websites van klanten ontvangt, kan een algoritme alsnog discrimineren op geslacht. Zo zal het algoritme de conclusie kunnen trekken dat mensen die vaak in (online) damesmodewinkels komen over het algemeen beter autorijden en langer leven. Eenieder zal begrijpen dat het algoritme alsnog vrouwen heeft gevonden, aangezien het onzinnig is om te denken dat er een reëel verband bestaat tussen het bezoeken van damesmodewinkels en levensverwachting of rijgedrag. In de statistiek betekent dit dat men een proxy heeft gevonden voor de verborgen variabele. Een proxy is een variabele die vaak gelijktijdig voorkomt met een andere variabele en overduidelijk geen verband heeft met hetgeen men wil bepalen. Duidelijk is dan dat men eigenlijk een verband legt met een andere variabele die niet expliciet in de dataset voorkomt, maar wel nauw samenhangt met de proxy. Ook dit beoordelen wij als directe discriminatie. Feitelijk wordt immers nog steeds een conclusie verbonden aan het geslacht van de klant.

52 Zie voor voorbeelden van andere soorten onbewuste discriminatie door algoritmes: Information Commissioner’s Office, *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, september 2017, p. 44.  
 53 FSB, *Artificial intelligence and machine learning in financial services. Market developments and financial stability implications*, 1 november 2017, p. 5.  
 54 ‘De computer is racistisch’, NRC 19 september 2017, [www.nrc.nl/nieuws/2017/09/19/de-computer-is-racistisch-13070987-a1573906](http://www.nrc.nl/nieuws/2017/09/19/de-computer-is-racistisch-13070987-a1573906).  
 55 European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law 2018 edition*, p. 231 en 239 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

#### 7.4 *Indirecte discriminatie door een algoritme*

Verder kan een algoritme indirect discrimineren. Zo zal een algoritme dat achterhaalt dat er een verband is tussen inkomen en betaalgedrag, mensen met een lager inkomen minder lenen. Dit is mogelijk acceptabel, maar wel indirecte discriminatie. Onder de groep mensen met een lager inkomen zijn alloctonen namelijk oververtegenwoordigd. Dergelijke indirecte discriminatie vereist een afdoende rechtvaardiging. Verschillende statistische algoritmen leiden tot verschillende uitkomsten waarbij sommige groepen t.o.v. andere modellen bijzonder benadeeld worden.<sup>56</sup> Bij algoritmes betekent dit dus dat de financiële onderneming moet kunnen uitleggen voor welke beschermde groepen een algoritme welke gevolgen heeft.<sup>57</sup> Ook indirecte discriminatie door algoritmen kan worden gerechtvaardigd. Ook dan rust de bewijslast op de financiële onderneming (zie paragraaf 2.4 hiervoor). Dan zal de financiële onderneming dus moeten kunnen uitleggen, welke legitieme doelstelling het algoritme nastreeft, hoe effectief het algoritme is en of er alternatieve algoritmen zijn die minder belastend zijn voor de te beschermen groep.

#### 7.5 *Voorkomen is beter dan genezen: beheerste en integere inzet van algoritmen*

Zelflerende algoritmen kunnen ook (impliciet) discriminerende conclusies trekken zonder dat de eigenaren van de algoritmen dit weten.<sup>58</sup> Een verstandige financiële onderneming zal dit willen voorkomen. Hoewel er nog geen harde regels zijn om onbewuste discriminatie door algoritmen te voorkomen, tekenen zich wel diverse best practices af om het risico op discriminatie en andere ongewenst gevolgen van algoritmen te beheersen.

De Artikel 29-werkgroep geeft als aanbeveling dat ondernemingen hun algoritmen regelmatig (statistisch) testen om te voorkomen dat deze discrimineren.<sup>59</sup> Een zelfde overweging staat in preambule van de AVG:<sup>60</sup>

“Teneinde een voor de betrokkene behoorlijke en transparante verwerking te garanderen, met inachtneming van de concrete omstandigheden en context waarin de persoonsgegevens worden verwerkt, dient de verwerkingsverantwoordelijke voor de profilering passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen waarmee factoren die aanleiding geven tot onjuistheden van persoonsgegevens worden gecorrigeerd en het risico op fouten wordt geminimaliseerd.”

56 A. Fuster e.a., *Predictably Unequal? The Effects of Machine Learning on Credit Markets*, maart 2018.

57 Zie ook DNB en AFM *Artificiële Intelligentie in de verzekeringssector* een verkenning, p. 23.

58 Zie 'Fixing Discrimination in online Marketplaces', *Harvard Business Review* december 2016, p. 89-95 en *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)*, 4 august 2017, EBA/DP/2017/02, p. 48.

59 *Guidelines on Automated individual decision-making*, p. 30.

60 AVG, preambule 71.

De Nederlandsche Bank heeft in zijn *General principles for the use of Artificial Intelligence in the financial sector* van juli 2019 meer gedetailleerde best practices geformuleerd.<sup>61</sup> Wij noemen er een aantal:

- De data moeten feitelijk juist, compleet en representatief zijn. Met representatief wordt bedoeld dat de data een correcte afspiegeling vormen van de te beoordelen groep. Zo kan een bank vaak onvoldoende data over vrouwelijke ondernemers hebben, omdat vrouwen historisch minder ondernemingen hadden. Een model dat traint op deze data kan dan voor vrouwen minder goed werken.
- Het bestuur van de onderneming begrijpt de inzet van algoritmes ook en neemt hier de besluiten over. Het kan dus niet zo zijn dat alleen de IT afdeling begrijpt hoe het algoritme werkt en besluit over de inzet van dit algoritme.
- Een algoritme moet fair zijn. Zoals elk statistisch model genereert een algoritme altijd false positives en false negatives. De financiële onderneming moet zich hierover een oordeel vormen. Zo zal een algoritme dat probeert witwassen te voorkomen per ongeluk af en toe de rekening van een klant die niets kwaad in de zin heeft blokkeren. Het is echter unfair als dit de hele tijd dezelfde groep klanten overkomt.
- Algoritmes moeten ethisch zijn. DNB geeft wel aan dat juridisch toegestaan gedrag nog steeds onethisch kan zijn. Dit is volgens DNB onder meer het geval als algoritmen gebruikmaken van psychologische zwakten van de klant en daarmee de menselijke keuzevrijheid in de praktijk ondermijnen.
- Het personeel moet de algoritmen en risico's van algoritmen snappen. Dit geldt zowel voor het bestuur als voor afdelingen zoals risico management en compliance. Anderzijds moeten ook de techneuten begrijpen welke onaangename gevolgen en risico's de inzet van algoritmen heeft, zodat ook de mensen met de gedetailleerde technische kennis de maatschappelijke consequenties doorzien van wat zij eigenlijk programmeren.
- Algoritmen moet uitlegbaar zijn. Het black box probleem moet worden opgelost. De financiële onderneming moet dus aan de klant en ook aan de toezichhouder kunnen uitleggen welke eigenschappen van de klant tot een bepaalde conclusie hebben geleid.

Een verstandige financiële onderneming zal de risico's van de inzet van algoritmen meenemen in de SIRA (Systematische Integriteitsrisico Analyse) of in het product approval proces (de PARP). De financiële onderneming beoordeelt dan per algoritme wat het doet en hoe ingrijpend de gevolgen zijn, mocht het algoritme onbedoeld tot onjuiste uitkomsten leiden. Zo zal een algoritme dat een bank inzet om

61 Een ander gezaghebbend document met best practices zijn de *Ethische Richtsnoeren voor Betrouwbare KI van de Onafhankelijke Deskundigengroep op Hoog Niveaue inzake Kunstmatige Intelligentie* van 8 april 2019.

te bepalen welke private banking klant mogelijk interesse heeft in een gratis kaartje voor een Artfair tot minder ingrijpende gevolgen kunnen leiden dan een algoritme dat de rente bepaalt op een lening. Dat laatste algoritme vereist dan meer aandacht.

## 8. Slotbeschouwing

In dit artikel hebben wij besproken in hoeverre het is toegestaan klanten verschillend te behandelen. Wij komen tot de volgende conclusies.

Als een financiële onderneming klanten in categorieën wil indelen, dan mogen bepaalde gronden hiervoor nooit worden gebruikt. Dit gaat dan om gronden als ras, geslacht en seksuele geaardheid of handicap. Een regel als 'vrouwen betalen meer of minder voor een verzekering dan mannen' kan nooit worden geaccepteerd. De reden hiervoor is dat wij in de huidige maatschappij dergelijke generalisaties niet willen hebben. Mensen moeten als persoon behandeld worden en niet als onderdeel van een groep, zelfs als de groep gemiddeld genomen een bepaalde eigenschap heeft.

Ook indirect onderscheid waarbij geen verboden grond is gebruikt, maar een bepaalde groep in de praktijk toch op achterstand komt, kan moeizaam zijn. De vraag is waarom het recht ook deze indirecte discriminatie verbiedt. Zolang een onderneming niet doelbewust bepaalde mensen achterstelt, waarom staat het deze onderneming dan niet vrij zelf zijn commerciële beslissingen te nemen, zoals het hanteren van verschillende tarieven voor dezelfde dienst of het weigeren van sommige klanten? Hiervoor worden twee motieven genoemd die mogelijk allebei opgaan.<sup>62</sup> Ten eerste is het moeilijk directe discriminatie te bewijzen. Het is onmogelijk om in iemands hoofd te kijken en weinig mensen zullen uit zichzelf toegeven dat zij discrimineren. Is er echter een (patroon van) beslissing(en) die in de praktijk beschermde groepen op achterstand zet en valt hier geen voldoende rechtvaardiging voor te geven, dan wordt impliciet aangenomen dat het doel blijkbaar toch was te discrimineren. Ten tweede hebben bepaalde groepen, bijvoorbeeld vrouwen of allochtonen historisch op achterstand gestaan in velden als carrière, politieke vertegenwoordiging en economische zelfstandigheid. Deze achterstand werkt door in het heden. Beslissingen die deze achterstand onbedoeld handhaven of verergeren zijn maatschappelijk ongewenst, tenzij er een goede rechtvaardiging voor bestaat.

Wat een goede rechtvaardiging is voor indirect onderscheid is uiteindelijk een maatschappelijke afweging. Het gaat om een afweging tussen het belang van de financiële onderneming en dat van de te beschermen groep. Onze analyse van de uitspraken van met name het CRM is, dat het CRM begrip heeft voor de noodzaak van een bank of verzekeraar om het krediet- of verzekeringsrisico te beheersen. Naar-

mate het product impactvoller is en het financiële belang van de consument dat ermee gemoeid gaat groter, zal de financiële onderneming echter meer moeite moeten doen om tot een individuele afweging van de risico's te komen. Dit om te voorkomen dat mensen in een groep qua risico worden ingedeeld, waarin zij eigenlijk niet thuishoren. Het CRM heeft ook begrip voor kleine financiële ondernemingen, die slechts een eenvoudig productenpalet willen voeren. Gaat het echter om de toegankelijkheid van de dienstverlening voor bijvoorbeeld gehandicapten, chronisch zieken of buitenlanders, die niet gerelateerd is aan financiële risico's, dan legt het CRM de lat hoog. Noch het CRM noch de Geschillencommissie van het KiFID heeft zich tot dusverre kunnen uitspreken over financiële ondernemingen die sommige klanten meer rekenen dan andere om de simpele reden dat deze klanten meer bereid zijn te betalen. Als dit echter een te beschermen groep indirect discrimineert, dan verwachten we dat het CRM hiervoor weinig begrip zal hebben, mede gegeven de opstelling van de financiële toezichthouders.

Omdat het hier om maatschappelijke afwegingen gaat, doen financiële ondernemingen er verstandig aan de tijdsgeest te volgen. Wat gisteren een proportionele afweging tussen het belang van de financiële onderneming en dat van de benadeelde groep was, is dat vandaag mogelijk niet meer. Indirect onderscheid dat vandaag nog geaccepteerd lijkt, kan morgen op maatschappelijke verontwaardiging stuiten. Zo was het vroeger bon ton dat alleen mannen tot de raden van bestuur van ondernemingen werden toegelaten, werd later vereist dat vrouwen een eerlijke kans krijgen om een raden van bestuur plaats te nemen, en zijn er inmiddels ontwikkelingen om de achterstand van vrouwen actief weg te werken. In dezelfde zin wordt er inmiddels van financiële ondernemingen verwacht dat zij actief ervoor zorgen dat de achterstand van vrouwen op de markt voor bedrijfsfinanciering wordt weggewerkt.<sup>63</sup> Een verstandige financiële onderneming zoekt dan ook proactief naar groepen die mogelijk benadeeld worden door haar beleid, zodat zij zich dit oordeel over maatschappelijke acceptatie kan vormen.<sup>64</sup>

62 J. Kleinberg, J. Ludwig, S. Mullainathany and C. R. Sunstein, *Journal of Legal Analysis* 2019, 'Discrimination In The Age Of Algorithms', p. 11.

63 Rijksvoorlichtingsdienst 2019, nr. 254. Zie 'Koningin Máxima bij lancering Borski Fund voor vrouwelijke ondernemers' waar wordt vermeld dat slechts 5,7% van alle investeringen gaan naar ondernemingen die door vrouwen zijn opgericht <https://www.koninklijkhuis.nl/actueel/nieuws/2019/10/28/koningin-maxima-bij-lancering-borski-fund-voor-vrouwelijke-ondernemers>.

64 E. Cosans, *Journal of Financial Regulation*, 2018, 'Should Fair-lending Investigators Better Mix Qualitative and Quantitative Methods?', p. 1 en Ph. Bracke e.a., 'Machine learning explainability in finance: an application to default risk analysis', *Bank of England Staff Working Paper 816*, augustus 2019.