

Algoritmische besluitvorming door de overheid: naar een (betere) wettelijke verankering?

Johan Wolswinkel*

Inleiding

De belangstelling voor algoritmische besluitvorming¹ binnen de overheid is de laatste jaren explosief gestegen. Een veelheid aan initiatieven is gelanceerd door verschillende bewindspersonen (EZK, BZK, Rechtsbescherming) en de Tweede Kamer (Tijdelijke commissie Digitale Toekomst). Ook de verschillende Hoge Colleges van Staat (Raad van State, Algemene Rekenkamer, Nationale ombudsman) hebben zich in dit debat niet onbetuigd hebben gelaten met diverse positiebepalingen. Niettemin is over de daadwerkelijke inzet van algoritmische besluitvorming binnen de overheid, en zeker de inzet van meer geavanceerde vormen van artificiële intelligentie (*machine learning*, *deep learning*), nog opmerkelijk weinig bekend. Een mogelijke verklaring daarvoor is de positie van wetgeving: waar wetgeving zwijgt over de inzet van algoritmische besluitvorming, kan zicht ontbreken op het daadwerkelijke gebruik hiervan. De wetgever is echter nu aan zet.

1. De wetgever kan de normering van algoritmische besluitvorming niet overlaten aan de rechter.

Momenteel ontbreekt veelal wetgeving die specifiek betrekking heeft op algoritmische besluitvorming door de overheid. Zo bevat de Algemene wet bestuursrecht geen bepalingen die specifiek zijn toegespitst op algoritmische besluitvorming. Een uitzondering op dit beeld betreft de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die in het kader van de verwerking van persoonsgegevens een verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming bevat,² terwijl in geval van deels geautomatiseerde besluitvorming de betrokkene het recht heeft geïnformeerd te worden over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en de onderliggende logica hiervan.³

Ondanks het veelal ontbreken van op algoritmische besluitvorming toegespitste wetgeving, bevindt dit fenomeen zich niet in een volstrekt juridisch vacuüm. Bij gebrek aan wetgeving die specifiek betrekking heeft op algoritmische besluitvorming, valt de (bestuurs)rechter met name terug op algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel) en grondrechten (*equality of arms*) om het gebruik van algoritmische besluitvorming door de overheid aan banden te leggen. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2017 bepaald dat ter voorkoming van een gepercipieerde ‘black box’ bij geautomatiseerde besluitvorming, het bestuursorgaan de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moet maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn.⁴ Met andere woorden: het systeem van geautomatiseerde besluitvorming moet worden uitgelegd. Inmiddels is deze jurisprudentielijn ook overgenomen door de Hoge Raad in belastingzaken waarbij volledig geautomatiseerde besluitvorming aan de orde is.

* Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University.

¹ De term ‘algoritmische besluitvorming’ wordt hier als aanduiding gebruikt voor het volledige spectrum van geautomatiseerde besluitvorming.

² Artikel 22 AVG. Overigens staat deze bepaling toe dat de nationale wetgever een uitzondering op dit verbod maakt.

³ Artikelen 13, 14 en 15 AVG.

⁴ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259

Die ontwikkeling in de rechtspraak zou de wetgever gerust kunnen stellen dat de rechter momenteel voldoende bescherming kan bieden met een verscherpte, ‘contextuele’ interpretatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De bescherming die de rechter biedt, lijkt echter een *second best*-oplossing bij gebrek aan specifieke wetgeving.⁵ Waar de rechter zich pas *achteraf* buigt over (slechts) een bepaalde toepassing van algoritmische besluitvorming, heeft wetgeving als meerwaarde dat de toepasselijke eisen en rechten *vooraf* beter kenbaar zijn voor zowel bestuursorganen als burgers. Daarnaast vergt algoritmische besluitvorming ook politieke keuzes: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen weliswaar als vangnet fungeren, maar het is aan de wetgever om concretere en wellicht zwaardere eisen te formuleren, bijvoorbeeld op het terrein van uitlegbaarheid of bij het uitsluiten van bepaalde toepassingen. Uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt bijvoorbeeld geen verbod op geautomatiseerde besluitvorming, zodat niet alle heil van deze beginselen moeten worden verwacht.

2. De wetgever kan de normering van algoritmische besluitvorming niet overlaten aan het bestuur.

De afgelopen jaren is door bestuursorganen ingezet op de ontwikkeling van semi-juridische normen, zoals de richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyses (ministerie van Justitie en Veiligheid) die een ‘comply or explain’-karakter beogen te hebben voor alle overheden.⁶ Hoewel de intentie is uitgesproken om deze standaarden op enig moment wettelijk te verankeren, is daarvan vooralsnog geen sprake omdat ze nog onvoldoende zijn ‘uitgekristalliseerd’. Tegelijk blijkt de bestuurspraktijk te worstelen met een eenduidige toepassing van deze richtlijnen en met het verbinden van deze richtlijnen met de bovenliggende wettelijke kaders.⁷

Hoewel soms de vrees bestaat dat wetgeving onvoldoende flexibel is om technologische ontwikkelingen adequaat het hoofd te bieden, heeft het uitblijven van wetgeving tegelijk ook een duidelijk nadeel: bestuursorganen weten niet welke regels zij in acht moeten nemen bij algoritmische besluitvorming en burgers weten niet over welke rechten en waarborgen zij beschikken. Het voordeel van wettelijke waarborgen boven (niet-dwingende) richtlijnen is dan onmiskenbaar dat een algemeen en bindend kader wordt geboden, waarop zowel bestuur als bestuursrechter kan terugvallen.⁸

Daarbij komt dat de recente *Syri*-uitspraak⁹ duidelijk laat zien dat de wetgever niet vrijuit gaat, ook niet wanneer zij een aantal waarborgen in de wetgeving heeft opgenomen. In die uitspraak kwam de rechter tot het oordeel dat het samenstel van de wettelijke verankering van SyRI in de wet en de nadere uitwerking daarvan in lagere regelgeving onvoldoende waarborgen bevatte om te kunnen spreken over een voldoende gerechtvaardigde inmenging in het privéleven bij de inzet van SyRI. Van de wetgever wordt daarom een kritische blik verwacht, zowel wanneer zij geautomatiseerde besluitvorming expliciet mogelijk maakt als wanneer dat niet het geval is.

⁵ Zie in dit verband de publicatie *Digitalisering – Wetgeving en bestuursrechtspraak* van de Raad van State.

⁶ Zie bijvoorbeeld de Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyses (ministerie van Justitie en Veiligheid).

⁷ Zie het VNG-rapport *Impactanalyse Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door gemeenten (tweede fase)*. Eindrapportage, Den Haag: VNG 2020.

⁸ Zie in deze zin ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in *Digitalisering – Wetgeving en bestuursrechtspraak*.

⁹ Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

3. De nationale wetgever kan de normering van algoritmische besluitvorming niet overlaten aan andere wetgevers

De aandacht voor wettelijke regulering van algoritmische besluitvorming is de laatste tijd toegenomen. Naast de AVG is in dit verband het voorstel van de Europese Commissie voor een AI-Verordening van belang. Deze ontwikkelingen op EU-niveau betekenen echter niet dat de nationale wetgever de rechtsontwikkeling volledig aan andere wetgevers kan overlaten. De AVG reikt weliswaar (enige) normen aan ten aanzien van algoritmische besluitvorming, maar het toepassingsbereik van die normen is beperkt (tot persoonsgegevens). Ook ten aanzien van de voorgestelde AI-Verordening zal de nationale wetgever nadrukkelijk de vraag onder ogen moeten zien of aanvullende nationale wetgeving noodzakelijk is. In dit verband valt inspiratie te ontleen aan wetgevingsinitiatieven in buurlanden (België, Frankrijk) waarbij specifiek voor de overheid extra eisen worden geformuleerd ten aanzien van informatieverplichtingen richting burgers in de context van algoritmische besluitvorming.

Slot: naar (betere) wetgeving?

Als de wetgever inderdaad aan zet is, keren steeds twee vragen terug ten aanzien waarvan (politieke) keuzes noodzakelijk zijn:

- 1) Is het gebruik van (bepaalde vormen van) geautomatiseerde besluitvorming in bepaalde contexten zonder meer uitgesloten?
- 2) Voor zover ruimte wordt geboden voor geautomatiseerde besluitvorming, aan welke eisen (uitlegbaarheid, technische transparantie, etc.) moet die besluitvorming voldoen?

Als algoritmische besluitvorming allerlei terreinen van het openbaar bestuur in de toekomst (steeds meer) gaat bepalen, is een regeling in de Algemene wet bestuursrecht aangewezen. Daarin kan de wetgever specificeren wat een verscherpte of contextuele interpretatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur inhoudt voor algoritmische besluitvorming. Verder is het zaak dat de wetgever – in samenspraak met de andere actoren – nadenkt over de wijze waarop de normering van algoritmische besluitvorming *indirect* kan worden versterkt, bijvoorbeeld door het versterken van het instrumentarium van de rechter of het versterken van de status van ‘soft law’-standaarden die flexibel kunnen inspelen op nieuwe (technologische) ontwikkelingen. Tot slot is ook van belang dat de wetgever het voortouw neemt in het creëren van eenduidigheid in terminologie: waar de huidige veelheid aan initiatieven dreigt uit te lopen in een Babylonische spraakverwarring als gevolg waarvan het bestuur in het duister tast hoe te handelen, heeft wetgeving ten opzichte van allerlei andere ‘toetsingskaders’ meerwaarde doordat zij een eenduidige juridisch bindende standaard kan bevatten. Tegelijk is het zaak dat de wetgever nadrukkelijk aansluiting zoekt bij de initiatieven die andere actoren reeds hebben ontwikkeld om te voorkomen dat de normering van algoritmische besluitvorming in zichzelf een ‘black box’ is.¹⁰

¹⁰ Zo is het door de Raad van State ontwikkelde toetsingskader ‘Digitalisering en wetgeving’ ook nadrukkelijk bedoeld voor andere actoren in het wetgevingsproces.