



Digitalisering

Wetgeving en bestuursrechtspraak

Digitalisering

Wetgeving en bestuursrechtspraak

Colofon

Tekst

Raad van State

Vormgeving en opmaak

Studio Piraat

Drukwerk

Xerox B.V.

Den Haag, mei 2021

Inhoudsopgave

Voorwoord

Digitalisering en wetgeving

1. Aanbevelingen voor digitalisering en wetgeving

Inleiding 9

1. Aanleiding en achtergronden 11

2. Zes aanbevelingen 14

3. Toelichting bij de zes aanbevelingen 15

2. Het toetsingskader 'Digitalisering en wetgeving'

I. De beleidsanalytische toets 25

II. De juridische toets 31

III. De wetstechnische toets 38

Digitalisering en bestuursrechtspraak

Agendering 43

1. Inleiding en terminologie 45

2. Omvang van het gebruik van algoritmen en AI 49

3. De relatie tussen het algoritme en het (voor beroep vatbare) besluit 51

4. De toegang tot de (bestuurs)rechter 55

5. Algoritmische besluitvorming en de gereedheidskist
van de bestuursrechter 57

6. Normering 64

7. Nader te verkennen (rechts)vragen 74

8. Tot slot 82

Bijlage

Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van 31 augustus 2018 over
de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen 85

Voorwoord

Digitalisering is een onderwerp van formaat, dat in de toekomst alleen nog maar belangrijker zal worden. Denk bijvoorbeeld aan de ontwikkelingen rondom cryptovaluta of de stroomversnelling waarin het gebruik van digitale middelen door de coronacrisis in terecht is gekomen. In 2018 bracht de Afdeling advisering van de Raad van State een ongevroegd advies uit over de effecten van digitalisering voor de positie en de bescherming van burgers. De maatschappelijke en politieke aandacht voor digitalisering is sindsdien alleen maar gegroeid en er wordt steeds vaker gebruik gemaakt van algoritmen en artificiële intelligentie. Niet alleen door bedrijven, zoals de big tech en online platforms, maar ook door overheden, bijvoorbeeld bij de totstandkoming van besluiten en het uitvoeren van beleid. Dit is voor de Tweede Kamer mede aanleiding geweest een vaste Kamercommissie Digitale Zaken in het leven te roepen.

Ook voor wetgeving en bestuursrechtspraak zijn de gevolgen van digitalisering groot. In een gedigitaliseerde samenleving gaan veranderingen en ontwikkelingen sneller dan voorheen. De voortschrijdende techniek dwingt de wetgever te komen met regelgeving die steeds passend is en adequate waarborgen biedt. Door de snelheid van veranderingen in de techniek leidt dit tot dilemma's over het niveau van regelgeving en de vraag wie uiteindelijk de keuzes maakt over de inzet van ICT. De bestuursrechter, op zijn beurt, zoekt naar instrumenten om burgers de benodigde rechtsbescherming te bieden bij algoritmische besluitvorming. Daarbij is het ook de vraag of het bestaande bestuursrechtelijke normenkader volstaat om handelen dat (mede) door algoritmen is bepaald, op rechtmatigheid te toetsen. De oplossingen voor deze uitdagingen zijn niet eenvoudig. De twee Afdelingen van de Raad van State willen daaraan bijdragen, door hun visie op de ontwikkelingen van en de problematiek rondom digitalisering te geven, elk vanuit hun eigen expertise. In deze publicatie zijn deze bijdragen opgenomen. Als bijlage is het eerdere ongevroegd advies van de Afdeling advisering uit 2018 toegevoegd.

De Afdeling advisering geeft in haar bijdrage een handreiking hoe in wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering kunnen worden geadresseerd. Deze handreiking betreft zowel de situaties waarin digitalisering het *onderwerp* van wet- en regelgeving is, als de gevallen waarin digitalisering het *instrument* tot handhaving en uitvoering van wet- en regelgeving is. De Afdeling advisering formuleert daartoe zes aanbevelingen voor alle partijen die bij digitaliseringswetgeving zijn betrokken. Naast aanbevelingen geeft de Afdeling advisering ook aan hoe zij zelf wet- en regelgeving met digitaliseringsaspecten beoordeelt in het kader van haar adviezen. Andere actoren in het wetgevingsproces kunnen van dit kader eveneens gebruikmaken.

De beschouwing van de Afdeling bestuursrechtspraak beoogt een bijdrage te leveren aan de discussie over bescherming van de rechten van burgers en bedrijven bij algoritmische besluitvorming binnen het publieke domein. Wat betekent de komst van algoritmische besluitvorming voor de positie en taak van de bestuursrechter? Na een beschouwing over de toegang tot de bestuursrechter – die beperkt is tot besluiten – wordt verkend hoe de bestuursrechter optimaal in staat kan worden gesteld om ‘algoritmische besluiten’ te toetsen. In de bijdrage worden verschillende vragen rond dit thema verkend.

De twee bijdragen staan op zichzelf, maar liggen ontegenzeggelijk in elkaars verlengde. Tussen de taken van de wetgever en die van de rechter bestaat immers een wisselwerking. De rechter moet het in principe doen met de wet- en regelgeving die hem gegeven is. De wetgever moet zich rekenschap geven van de problematiek die met digitalisering gepaard gaat en moet waarborgen dat wet- en regelgeving op adequate wijze reguleert en burgers bescherming biedt. Laat de wetgever dit na aan de voorkant, dan ziet de rechter zich geplaagd voor de opdracht eventuele onwenselijke gevolgen te corrigeren aan de achterkant. Zeker omdat zijn gereedschapskist niet onbeperkt is, heeft de wetgever hierin een bijzondere verantwoordelijkheid. Want wat voor alle wetgeving geldt, geldt voor digitaliseringswetgeving in het bijzonder: een verantwoorde uitvoering begint met een zorgvuldige invoering.

mr. Th.C. de Graaf
vice-president van de Raad van State

Digitalisering en wetgeving

Aanbevelingen en verdieping
op het toetsingskader

1. Aanbevelingen voor digitalisering en wetgeving

Inleiding

De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna in dit eerste hoofdstuk: de Afdeling) beoogt een handreiking te geven hoe in wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering¹ zo goed mogelijk kunnen worden geadresseerd. Zij doet dat door een *zest* *aanbevelingen* te formuleren ten behoeve van eenieder die bij wetgeving is betrokken, in het bijzonder de beide Kamers der Staten-Generaal en de (afdelingen wetgeving van) ministeries. Deze aanbevelingen dienen ter verbetering van de wetgevingskwaliteit, door handvatten te bieden voor de behandeling van wetgeving met digitale componenten. Naast deze aanbevelingen, licht de Afdeling toe hoe zij zelf bij wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering afweegt in haar advisering. Daartoe presenteert zij haar *toetsingskader digitalisering en wetgeving*, dat een verdieping vormt op haar algemene toetsingskader.²

De Afdeling geeft hiermee vervolg aan haar ongevraagd advies uit 2018 over de effecten van de digitalisering voor de positie van burgers.³ Bij het opstellen van dit stuk heeft zij tevens de bevindingen van de Tijdelijke Commissie Digitale Toekomst van de Tweede Kamer betrokken.⁴ Zij beoogt met onderstaande aanbevelingen ook bij te dragen aan de voortgang van de Agenda Digitale Overheid van het kabinet en aan het wetgevingskwaliteitsbeleid. Bij de totstandkoming is onder meer aandacht besteed aan de visie van de Nationale Ombudsman op het behoorlijk gebruik van algoritmes en data door de overheid en het toetsingskader van de Algemene Rekenkamer over (sturing, verantwoording en data gebruik bij) algoritmen.⁵

1 De termen 'digitaal', 'digitale techniek', 'digitalisering' en aanverwante termen worden hier gebruikt op een manier die aansluit bij het alledaagse taalgebruik, en in de ruimste zin. Dit neemt niet weg dat er een grotere mate van onderlinge afstemming van de gebruikte terminologie zou moeten zijn in het bredere maatschappelijke debat over digitalisering. Zie hierover eveneens 'Aandacht voor algoritmes', Rapport Algemene Rekenkamer 2021.

2 Zie de website van de Raad van State: <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/>.

3 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, WV04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

4 Position paper Afdeling advisering van de Raad van State van 31 januari 2020, ten behoeve van de hoorzitting/rondetafelgesprek 'Wettelijke kader en toezicht' d.d. 17 februari 2020, 2020Z01789.

5 De Nationale Ombudsman is voornemens zijn ombudsvisie begin 2021 uit te brengen; de Algemene Rekenkamer heeft de resultaten van het onderzoek in januari 2021 gepubliceerd.

De onderstaande aanbevelingen en het verdiepte toetsingskader hebben betrekking op twee dimensies van digitalisering en wetgeving. Ten eerste vormt digitalisering steeds vaker het *onderwerp* van wetgeving. Het gaat daarbij om een breed scala aan onderwerpen, variërend van de regulering van platformdiensten en experimenten met zelfrijdende auto's tot het gebruik van biometrische data, en de beïnvloeding van burgers op sociale media. Ten tweede is digitalisering een *instrument* om wet- en regelgeving uit te voeren, zoals het digitaal omgevingsloket in de Omgevingswet en digitale uitvoering van belastingaanslagen. Deze dimensies zijn niet altijd strikt te onderscheiden en deze zullen niet zelden beide in wet- en regelgeving aan de orde zijn, zoals bij elektronisch stemmen of digitaal procederen.⁶

De reden om aandacht te besteden aan digitalisering en wetgeving is tweërlei. Ten eerste, is het ingrijpende karakter van digitalisering en het gebruik van digitale technieken voor burgers en voor de overheid zelf gaandeweg duidelijker geworden. Dit noopt ook de wetgever tot reflectie hoe met deze ontwikkelingen om te gaan. De wetgever verkeert, ten tweede, in een zichtbare worsteling met dit onderwerp, omdat de problematiek die digitalisering kenmerkt zich niet altijd goed in wet- en regelgeving laten vatten. Ook de Afdeling zelf ervaart dit in haar advisering over wetgeving met digitaliseringsaspecten, mede omdat het algemene toetsingskader niet voldoende specifieke handvatten biedt voor de vragen die bij dit type wetgeving aan de orde moeten komen.

Bij het voorgaande speelt dat de ontwikkelingen omtrent digitalisering en het gebruik van digitale technieken snel gaan. Dit betekent ook dat onderstaande aanbevelingen en het verdiepte toetsingskader niet compleet kunnen zijn. De aanbevelingen en toetsingscriteria zullen voor een belangrijk deel in het wetgevingsproces en adviespraktijk van de Afdeling nader vorm moeten krijgen en kunnen in de loop der tijd nader worden aangepast en aangescherpt.

Leeswijzer

Hierna, in het eerste onderdeel, zal de Afdeling een zestal aanbevelingen doen voor wetgeving en digitalisering. Daarbij zullen eerst de aanleiding en achtergronden worden besproken (*paragraaf 1*), waarna de zes aanbevelingen volgen (*paragraaf 2*), voorzien van een nadere toelichting (*paragraaf 3*). Het tweede onderdeel bevat een verdieping van het algemene toetsingskader van de Afdeling, op de punten waarop zij wetsvoorstellen en ontwerpregelingen beoordeelt op verschillende digitaliseringsaspecten.

⁶ Daarnaast is er nog de dimensie van digitalisering van het wetgevingsproces zelf. Dat gaat onder meer over nieuwe digitale instrumenten die ten dienste kunnen staan aan de wetgever, zoals het elektronisch aanleveren van wetgeving met hyperlinks. Dit noopt tot herijking van het wetgevingsproces zelf. Dit onderwerp blijft in dit stuk verder buiten beschouwing.

1. Aanleiding en achtergronden

Digitalisering heeft op verschillende manieren gevolgen voor wetgeving en het belang ervan zal voor de wetgever verder toenemen. De Afdeling ziet deze gevolgen in toenemende mate voorbij komen in haar wetgevingsadvisering. Het was voor haar aanleiding in 2018 te komen met een ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de positie van burgers.⁷ Het onderwerp heeft ook de aandacht van de wetgever zelf. Het kabinet heeft recent in de voortgangsrapportage over de Nederlandse Digitaliseringsstrategie over de volle breedte de ontwikkelingen, gevolgen en ambities van digitale transitie in Nederland geschetst.⁸ De Tijdelijke commissie Digitale Toekomst van de Tweede Kamer heeft in haar eindrapport het belang uitgesproken van een goed begrip van (en grip op) digitale transities, en heeft aanbevelingen gedaan hoe zij als volksvertegenwoordiging en medewetgever meer politieke sturing daarop kan geven.⁹

Digitalisering en wetgeving hebben twee dimensies. In de eerste plaats vormt digitalisering in toenemende mate *het onderwerp* van wetgeving en beleid. De samenleving, de economie en het handelen van de overheid digitaliseren in rap tempo en dat noopt tot regulering. Dergelijke regulering wordt veelal op het niveau van de Europese Unie geïnitieerd. Zo vormt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) al enige jaren een vooruitstrevend kader ter bescherming van persoonsgegevens in het digitale verkeer. De Europese Unie richt zich momenteel op de totstandkoming van een eengemaakte digitale markt, door onder meer regulering van kunstmatige intelligentie ('AI'), door kaders te scheppen voor het delen van data, door het stimuleren van innovatie ten aanzien van (zeer) geavanceerde digitale technieken zoals kwantum-communicatie en door de dominantie van grote techbedrijven te reguleren.¹⁰ De recent voorgestelde Digitale Dienstenwet zal, als deze wordt aangenomen, grote gevolgen hebben voor (onder meer) sociale mediaplatforms en hostingdiensten.

7 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

8 Brief van de Staatssecretaris van economische zaken en klimaat van 20 juni 2020, DGBI-DE/ 20155260.

9 Kamerstukken II 2019/2020, 35229, nr. 10.

10 Zie bijvoorbeeld het witboek van de Europese Commissie over kunstmatige intelligentie - een Europese benadering op basis van excellentie en vertrouwen, COM/2020/65 final/2.

Zo zullen voor hen transparantieplichtingen gaan gelden en zullen zogeheten 'systeemplatforms' worden verplicht praktijken als misbruik, schending van fundamentele rechten en nepnieuws tegen te gaan.¹¹

In de tweede plaats worden wetgeving en beleid steeds vaker met inzet van digitale middelen uitgevoerd. Oftewel, digitalisering *als instrument*. Digitalisering heeft dan ook gevolgen voor het contact tussen de overheid en burgers. De Wet Digitale Overheid, die tot doel heeft veilige en betrouwbare inlogmogelijkheden voor burgers en bedrijven te regelen, is een voorbeeld hiervan.¹² Een ander voorbeeld is de verre gaande automatisering van het aangifteproces bij de Belastingdienst. Dit heeft gevolgen voor de wijze van wetgeving. In het proces van vertaling van wet- en regelgeving naar werkprocessen en software dat volgt op de publicatie van een wet in het Staatsblad worden nadere, belangrijke keuzes gemaakt. In haar ongevraagde advies uit 2018¹³ is de Afdeling ingegaan op normering via wetgeving en op noodzakelijke verbeteringen van het wetgevingsproces, onder meer door ICT en uitvoering reeds vanaf het begin daarvan onderdeel te laten zijn.¹⁴ De Afdeling adviseerde tevens te komen tot grotere transparantie en meer parlementaire betrokkenheid bij de vertaling van regelgeving in algoritmen, en daarmee ook bij de uitvoering.

Ook de omstandigheid dat veranderingen en ontwikkelingen in een gedigitaliseerde samenleving sneller gaan dan vroeger heeft gevolgen voor de wetgeving. De traditionele methoden om regels aan maatschappelijke veranderingen aan te passen zijn niet meer toereikend. De wetgever worstelt met dit verschijnsel. Onder verschillende aanduidingen – experimentele, toekomstbestendige, techniekonafhankelijke wetgeving – worden nieuwe wegen gezocht. Voor de wetgever vormt digitale techniek enerzijds in toenemende mate een belangrijk hulpmiddel, anderzijds dwingt de techniek de wetgever, evenals de andere rechtsstatelijke actoren, om met een andere blik naar de mogelijkheden en de grenzen van wetgeving te kijken. Er is een groeiende behoefte aan ordenende beginselen en principes voor onze digitale wereld waar fijnmazige regelingen, door de ontwikkelingssnelheid en complexiteit van de techniek, achterblijven. Het grensoverschrijdende

11 Proposal for a Regulation (...) on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020)825 FINAL, 2020/0361 (COD), 15 december 2020. Voorts voorziet de Digitale Marktenwet (COM(2020)374 (COD), 15 december 2020 in speciale ex ante marktregels voor platforms met een speciale poortwachterfunctie.

12 Andere voorbeelden zijn onder meer de Cybersecurity Wet en de Telecomwet.

13 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

14 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

karakter van de techniek en de groeiende behoefte aan technische kennis stelt de wetgever daarbij voor nieuwe uitdagingen.

Zowel bij de totstandkoming van wetgeving met digitalisering als onderwerp, als bij de uitvoering van wet- en regelgeving met behulp van digitale middelen spelen rechtsstatelijke beginselen en eisen een rol. Daarbij gaat het onder meer om het beginsel van non-discriminatie, het recht op privacy en gegevensbescherming en beginselen als transparantie, democratische controle en bestuurlijke verantwoording.¹⁵ Dat geldt ook voor regelgeving van tijdelijke aard en zo genoemde experimenteer-wetgeving.¹⁶ Juist wanneer behoefte is om nieuwe ontwikkelingen mogelijk te maken, nader te onderzoeken en/of te normeren, al dan niet vooruitlopend op een definitieve regeling, is waakzaamheid geboden. Proeven, pilots en tests gaan vaak gepaard met geautomatiseerde dataverzameling en -verwerking en de begrenzing van dergelijke regelgeving in tijd en reikwijdte blijkt vaak minder scherp, dan op het eerste gezicht lijkt.

Tot slot, hecht de Afdeling eraan op te merken dat digitalisering zeker niet alleen met risico's komt, maar ook met oplossingen voor maatschappelijke problemen. Ook de regulering van digitalisering en de digitale uitvoering van wet- en regelgeving kan leiden tot meer ruimte voor innovatie en andere voordelen, zoals een hogere uitvoeringssnelheid.¹⁷ De inzet van ICT bij de uitvoering van wet- en regelgeving kan grote voordelen bieden voor zowel de overheid als burgers. Om die voordelen optimaal tot hun recht te laten komen, dienen wel de juiste voorwaarden te worden geschapen. Daarvoor is het van belang dat de wetgever daarbij niet achterblijft en tijdig de juiste kaders stelt.

15 Zie bijvoorbeeld Rathenau Instituut, *Opwaarderen: Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017; M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018; WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: AUP 2016; WRR, *iOverheid*, Amsterdam: AUP 2011; F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, Straatsburg: CoE 2018.

16 Zie ook de *Aanwijzingen voor de Regelgeving* (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/>)

17 Zie M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar Wetgeven* (dissertatie VU Amsterdam), Den Haag: Boom uitgevers 2018.

2. Zes aanbevelingen

De Afdeling geeft met de volgende zes aanbevelingen een handreiking hoe in wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering zo goed mogelijk kunnen worden geadresseerd:

- I. Zorg voor een mensgerichte benadering bij de inzet van ICT, waarbij in verschillende opzichten voldoende rekening wordt gehouden met zowel individuele burgers als groepen van burgers. In het bijzonder verdienen de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen aandacht. De wetgever treft onvoldoende voorzieningen voor burgers, die geen weg weten in de digitalisering. Indien complexe algoritmes worden ingezet, zouden zwaardere eisen moeten worden gesteld aan voorzieningen voor fouterstel, bezwaar en beroep.
- II. Betrek bij het opstellen van wet- en regelgeving in een zo vroeg mogelijk stadium en integraal de digitale techniek en de wijze van verwerken, verzamelen en beheren van data. Alleen zo kunnen de rechtsstatelijke beginselen en eisen, zoals non-discriminatie, privacy, gegevensbescherming en (andere) grondrechten, gewaarborgd worden.
- III. Weeg als wetgever af wanneer de techniek in de wet moet worden geregeld en wanneer delegatie aanvaardbaar is. Techniek is weliswaar van onschatbare waarde, maar is niet waarde-neutraal.
- IV. Wees zo transparant, consistent en controleerbaar mogelijk bij de geautomatiseerde uitvoering van wet- en regelgeving. Stel eenvormige (kwaliteits-)eisen aan de vertaalslag van wet- en regelgeving naar digitale uitvoering, aan software en aan onderhoud- en evaluatieprocessen daarvan.
- V. Zorg voor een goede balans tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde uitvoering van wetgeving. Daarbij kunnen verschillende afwegingen een rol spelen. Zo kunnen cumulatieve complexiteit van wetten en regels, van het proces van omzetting daarvan in softwaretoepassingen en van de software zelf ertoe leiden dat burgers, het parlement en de rechter zich geen goed oordeel kunnen vormen van de uitvoering van wetgeving.
- VI. Besteed aan de voorkant voldoende aandacht aan de voorwaarden en spelregels voor de ondersteuning en uitvoering van overheids-ICT, en het daarmee samenhangende datagebruik, door private partijen. Private partijen zijn onmisbaar bij de ontwikkeling en ondersteuning van ICT in overheidsverband. Daartoe is van belang dat, enerzijds, bij overheden voldoende kennis is van de ICT en dat, anderzijds, bij private partijen kennis is van het betreffende beleidsterrein en van de (uitvoerings-) processen bij overheden. Maak vooraf goede en inzichtelijke afspraken over onderwerpen als verantwoordelijkheid, datagebruik, eigendom van data en techniek, onderhoud en knowhow.

3. Toelichting bij de zes aanbevelingen

Aan de aanbevelingen die de Afdeling in dit onderdeel doet en aan de verdieping van het toetsingskader die in het tweede onderdeel wordt gepresenteerd, ligt een aantal overwegingen en constatering ten grondslag, die hieronder worden toegelicht.

I. Zorg voor een mensgerichte benadering bij de inzet van ICT

Een mensgerichte benadering bij de inzet van ICT betekent dat voldoende rekening wordt gehouden met zowel individuele burgers als groepen van burgers. Het risico van discriminatie, bias en stigmatisering is in dit verband al vaker onderkend.¹⁸ Doordat bepaalde kenmerken vaker of juist minder vaak voorkomen in een bepaalde bevolkingsgroep kan bij algoritmische besluitvorming bijvoorbeeld een onterechte voorkeur voor, of juist een ongerechtvaardigde verdenking tegen, personen met bepaalde kenmerken ontstaan. Zo kunnen kandidaten met bepaalde eigenschappen of een bepaalde achtergrond bij een softwarematige briefselectie buiten de boot vallen, bijvoorbeeld omdat in het verleden te weinig andere kandidaten met vergelijkbare kenmerken op een bepaald type functie hebben gesolliciteerd.¹⁹ Ook kunnen bewoners van een bepaalde wijk te maken krijgen met een verhoogd risico dat zij als verdachte of fraudeur worden aangemerkt. De problematiek van discriminatie, bias en stigmatisering dient zich in het bijzonder aan bij AI en ‘zelflerende’ algoritmes, maar kan zich ook voordoen bij eenvoudiger ICT-toepassingen. Een deel van het probleem ligt ook niet bij het algoritme, maar bij de manier waarop door mensen met algoritmische uitkomsten wordt omgegaan.

In haar ongevraagde advies heeft de Afdeling al eerder aandacht gevraagd voor de positie van de burgers in verband met digitalisering. Daarin stelde zij onder meer vast dat de wetgever onvoldoende voorzieningen treft voor de burgers die geen weg weten in de digitale wereld. Sindsdien hebben verschillende ontwikkelingen, waaronder de uitspraak over het gebruik van SyRI, het belang van de positie van burgers in dit verband gemarkeerd. Dit heeft geleid tot een veelzijdige en omvangrijke discussie in verband met de digitalisering van de samenleving. Hierbij gaat het onder meer om transparantie en om het gebruik van (digitale) gegevens van burgers door verschillende overheidsdiensten. Dit leidt ertoe dat meer aandacht moet worden besteed aan de mogelijkheden van burgers om kennis te nemen van alle op hen betrekking hebbende gegevens, zoals die door de overheid worden bewaard of gebruikt. Ook moeten zij kennis kunnen nemen van

¹⁸ Zie bijvoorbeeld: Aandacht voor algoritmes, Algemene Rekenkamer, 26 januari 2021.

¹⁹ Zie ook: Als computers je CV beoordelen, wie beoordeelt dan de computers? Algoritmes en discriminatie bij werving en selectie; College voor de Rechten van de Mens, september 2020.

de (mogelijke) beslissingen die op basis van die gegevens zijn genomen of kunnen worden genomen. Van groot belang is dat burgers in staat zijn onjuiste gegevens tijdig en op een eenvoudige en rechtstreekse manier te corrigeren en dat zij onnodige of ongewenste gegevens uit overheids-systemen kunnen (laten) verwijderen. Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt, behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, zo uitgelegd te worden dat in een besluit moet worden toegelicht welke algoritmen zijn gebruikt, met welk doel en op basis van welke specifieke data. Ook adviseerde de Afdeling dat het recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid als nieuw beginsel van behoorlijk bestuur zou moeten worden ontwikkeld, hetgeen hier nogmaals wordt onderschreven.

Dit alles raakt ook de mogelijkheden voor burgers om fouten te doen herstellen en om, in uiterste instantie, in bezwaar en beroep te gaan. Bij het uitwerken van wet- en regelgeving moeten voorwaarden worden geschapen waaronder burgers zich begrepen voelen en serieus worden genomen met name als er iets fout gaat. Naar mate bij regelingen (meer) complexe algoritmes worden ingezet, mogen zwaardere eisen worden gesteld aan voorzieningen die het voor burgers mogelijk moeten maken om foutenherstel te bewerkstelligen, en om effectief bezwaar en beroep in te stellen.

II. Betrek in de ambtelijke voorbereiding in een zo vroeg mogelijk stadium digitale techniek (inclusief datagebruik) integraal bij het ontwerpen van wet- en regelgeving

Wetgeving mag niet losgezongen raken van de maatschappelijke werkelijkheid waarin zij haar beslag moet krijgen. Omdat deze werkelijkheid inmiddels steeds meer een digitale is, dient digitale techniek reeds in een vroeg stadium integraal door de wetgever in zijn overwegingen te worden betrokken. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat rechtsstatelijke beginselen en eisen ook gewaarborgd moeten zijn bij het gebruik van digitale techniek. Is besloten over te gaan tot wetgeving, dan verdient deze techniek van meet af aan de nodige aandacht. Anders bestaat het risico dat het overheidsbeleid niet alleen onuitvoerbaar wordt, maar ook grote nadelige gevolgen heeft voor burgers of bedrijven. Dit betekent dus dat *aan de voorkant* nagedacht moet worden over de wijze waarop beleid moet worden uitgevoerd en hoe dat tot uitdrukking moet komen in de daaraan ten grondslag liggen regelgeving.²⁰ Daarbij rijzen vragen als: kan ICT behulpzaam zijn in betere uitvoering? Waar liggen mogelijkheden en grenzen? Aan welke (kwaliteits)eisen moet een regeling voldoen om digitale uitvoering mogelijk te maken of te vergemakkelijken? In welke mate wordt bij het voorstel ingegaan op het verzamelen,

20 M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar Wetgeven* (dissertatie VU Amsterdam), Den Haag: Boom uitgevers 2018.

verwerken en beheren van data? Is adequate aandacht voor bescherming van (persoons-) gegevens? Daarbij zij, tot slot, opgemerkt dat de vertaling van wetgeving in software voor de wetgever ook een kans is tot betere wetgeving te komen. Het fungeert, als het ware, als een ‘check’ op de consistentie, duidelijkheid en praktische uitvoerbaarheid van wat de wetgever uiteindelijk met wetgeving wil bereiken.

III. Weeg als wetgever af wanneer de techniek in de wet

moet worden geregeld en wanneer delegatie aanvaardbaar is

Bepaalde technische ontwikkelingen en mogelijkheden kunnen belangrijke implicaties hebben voor de menselijke waardigheid, vrijheid, en autonomie en voor het functioneren van de samenleving en de democratie. De laatste tijd is bijvoorbeeld veel aandacht voor digitale technieken die (soms ongemerkt) invloed uit kunnen oefenen op de menselijke perceptie en daardoor een gevaar vormen voor de vrije en objectieve meningsvorming of die de gevoelens en gemoedstoestand van mensen kunnen beïnvloeden, zonder dat zij zich dit bewust hoeven te zijn.²¹ Algoritmische toepassingen kunnen bijvoorbeeld grote invloed hebben op nieuwsberichten die mensen online tot zich nemen, wat weer gevolgen kan hebben voor het stemgedrag van burgers bij verkiezingen. Van een andere orde zijn algoritmische toepassingen die (mede) bepalend zouden kunnen zijn voor wie bij overbelasting van de zorg tijdig een levensreddende medische behandeling krijgt. Zulke uitkomsten kunnen meestal niet meer teruggedraaid worden en laten zien dat digitale technieken in hun toepassing fundamentele ethische, juridische, en rechtsstatelijke vragen op kunnen roepen.

De nadere regeling van technisch complexe aspecten van onderwerpen die het voorwerp vormen van wetgeving worden nu vaak door de wetgever gedelegeerd.²² Een veelgehoord argument hiervoor is dat techniek snel verandert en dat vastlegging in een wet in formele zin niet opportuun is, omdat aanpassing daarvan (te) lang duurt. Delegatie heeft echter als risico dat aspecten van een regeling die later van fundamenteel belang blijken te zijn – zoals rondom privacy, discriminatie, veiligheid, ethiek of toegankelijkheid – uitsluitend op het niveau van de ministeriële regeling,

21 Zie bijv. M. Galić, & R. Gellert, Data protection law beyond identifiability? Atmospheric profiles, nudging and the Stratumseind Living Lab, *Computer Law & Security Review* 2020; M. Lanzing, ‘Strongly Recommended’: Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies’, *Philosophy & Technology* 2018; S. Lewandowsky & L. Smillie (red.), *Technology and Democracy: Understanding the influence of online technologies on political behavior and decision-making*, Luxembourg: Publications Office of the EU 2020; J. de Ridder, R. Vliegthart & J. Zuure (red), *Doen, durven of de waarheid? Democratie in digitale tijden*, Amsterdam: AUP 2020; D. Susser, B. Roessler & H. Nissenbaum, *Technology, autonomy and manipulation*, *Internet Policy Review* 2018.

22 L.F.M. Verhey & C.S. Aal, *Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning*, Regelmaat 2017.

beleidsregels of het uitvoeringskader aan bod komen. Bij het vaststellen van deze lagere regelgeving is het parlement niet betrokken, terwijl juist bij dergelijk gevoelige kwesties parlementaire betrokkenheid vanuit een oogpunt van democratische legitimatie noodzakelijk is. Bij de vraag of een bepaalde digitale techniek moet worden toegepast en hoe die techniek moet worden toegepast, spelen immers ook vraagstukken van maatschappelijk-politieke, ethische, juridische of rechtsstatelijke aard, waar de volksvertegenwoordiging zich over moet uitspreken. Vraagstukken en afwegingen van technische aard zijn, met andere woorden, niet waarde-neutraal.²³

IV. Wees als overheid transparant, consistent en controleerbaar bij de geautomatiseerde uitvoering van wet- en regelgeving

Er bestaan verschillen in de mate waarin, en de wijze waarop, wet- en regelgeving ten behoeve van de uitvoering wordt omgezet in algoritmen. Algoritmen kunnen variëren van eenvoudig tot complex en kunnen zijn toegesneden op een beperkt aantal situaties of juist zijn bedoeld om massaal te worden ingezet. De werkwijze die daarbij wordt gevolgd, de technische middelen die daarbij worden ingezet en de kwaliteitseisen die aan het proces en het uiteindelijke product (de software) worden gesteld verschillen per overheidsorganisatie. Zowel de wijze waarop wet- en regelgeving wordt omgezet in software, als de mate waarin en voorwaarden waaronder die software daadwerkelijk wordt ingezet kunnen in voorkomende gevallen verregaande gevolgen hebben voor burgers, bedrijven en de overheid zelf. De wijze waarop een wettelijke regeling geautomatiseerd wordt uitgevoerd kan dus even bepalend zijn als de inhoud van de wet zelf. Het is daarom problematisch dat de vertaalslag van wet- en regelgeving in software zich op dit ogenblik structureel aan het zicht van het parlement, burgers en bedrijven onttrekt. Om daarin verandering te brengen moet aandacht zijn voor verschillende aspecten, die de Afdeling hieronder toelicht. Bij het streven zo transparant, consistent en controleerbaar mogelijk te zijn bij de geautomatiseerde uitvoering van wet- en regelgeving geldt als randvoorwaarde dat de wetgever aangeeft welke data aan deze wet- en regelgeving ten grondslag liggen.

Zorg voor meer inzicht in softwarematige uitvoering

Het stellen van regels eindigt niet meer bij plaatsing van een wet of besluit in het Staatsblad; nadien is de vertaling ervan in algoritmen voor de uitvoering en burgers is vaak op minst even belangrijk.²⁴ Digitalisering verdient al in

²³ Zie bijvoorbeeld RP.Verbeek, *Op de vleugels van Icarus: Hoe techniek en moraal met elkaar meebewegen*, Rotterdam: Lemniscaat 2014.

²⁴ De Afdeling heeft in 2019 nader aandacht besteed aan de vertaling van regelgeving in algoritmen en in dat verband tevens gewezen op het belang van vertaling van wet- en regelgeving in algoritmen. Zie de Position paper van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 januari 2020, ten behoeve van de hoorzitting/rondetafelgesprek 'Wettelijke kader en toezicht' d.d. 17 februari 2020, 2020Z01789.

een vroeg stadium van het wetgevingsproces de benodigde aandacht. De keuzes die daarbij moeten worden gemaakt moeten al eerder worden afgewogen en worden vastgelegd op een inzichtelijke en controleerbare manier, zodat het eenvoudiger wordt fouten op te sporen en te corrigeren. In haar ongevraagd advies heeft de Afdeling gewezen op de complexiteit van het proces van omzetting van wet- en regelgeving in code (het 'specificatieproces'). Dit proces wordt, na vaststelling van wetten en besluiten, in verschillende stappen uitgevoerd door uitvoerende diensten, waarbij vaak private partijen betrokken zijn. Hierop zal hierna, in onderdeel VI, nader worden ingegaan.

Maak verantwoording beter mogelijk

Bij softwaretoepassingen zijn achteraf doorgaans weinig praktische mogelijkheden om de werking en juistheid daarvan na te gaan. Ook als wordt beschikt over de benodigde technische expertise en volledig inzicht bestaat in een code, kost het zeer veel tijd en mankracht om de juistheid en werking ervan na te gaan. Zelfs voor de meeste eenvoudige toepassingen is dat in de praktijk allang niet meer reëel.²⁵ Bij het specificatieproces komen daar verschillende extra stappen bij, waar onvermijdelijk keuzes worden gemaakt en fouten mogelijk zijn.²⁶ Van belang is dat vooraf maatregelen worden genomen die het mogelijk maken voldoende inzicht te krijgen in het specificatieproces en in de software zelf, bijvoorbeeld door verslaglegging van dat proces of door de software zo te ontwikkelen dat achteraf inzichtelijk blijft welke onderdelen daarvan uitvoering geven aan een bepaalde (wettelijke) regel. Op die manier kunnen later bijvoorbeeld ook fouten in het proces en het systeem worden teruggevonden en rechtgezet.

Belangrijk is ook dat aandacht bestaat voor de verbinding tussen mens en techniek, in het bijzonder met het oog op de verantwoording. Daarbij gaat het om de vraag wat in de praktijk nodig is om de mens in staat te stellen om doeltreffend bij te sturen of in te grijpen in complexe digitale besluitvormingsprocessen. Zijn organisaties die belast zijn met opsporing of toezichtstaken bijvoorbeeld in voldoende mate in staat om softwarematige gegevens en voorspellingen te doorgronden en in hun afweging te betrekken, zonder daar onevenredig veel gewicht aan toe te kennen.

²⁵ Bij complexe modellen, bijvoorbeeld die gebruik maken van zelflerende algoritmes, is inzicht zelfs vrijwel niet mogelijk.

²⁶ M. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, Algoritmische rechtstoepassing in de rechtsstaat, NJB 2018/2101.

Inzichtelijkheid en controleerbaarheid digitale processen verdient bijzondere aandacht

Burgers die op willen komen tegen een besluit van de overheid, hebben vaak een informatieachterstand, bijvoorbeeld omdat zij geen volledige kennis hebben van de gemaakte afwegingen en de factoren die daarbij zijn meegewogen. Door het gebruik van softwaretoepassingen wordt deze informatie-asymmetrie met de overheid verder vergroot. Daarbij komt, zoals hiervoor uiteengezet, dat de ICT'ers die wet- en regelgeving (of bedrijfsprocessen) vertalen in software onvermijdelijk keuzes en inschattingen moeten maken. Burgers hebben dus kennis nodig van de stappen die zijn gezet in het specificatieproces en de keuzes die daarbij zijn gemaakt. Deze informatie moet dan ook toegankelijk blijven voor burgers, hun (rechts-)vertegenwoordigers en anderen, opdat zij kunnen controleren dat de geautomatiseerde uitvoering van wet- en regelgeving op een goede, afgewogen en zorgvuldige manier gebeurt.²⁷

Hier speelt bovendien het beginsel van '*equality of arms*'. Meer specifiek moeten burgers in staat zijn in een geschil het beschikbare inzicht in de door de overheid gemaakte keuzes zo goed mogelijk om te zetten in juridische argumenten.²⁸ Dit standpunt is zowel door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als de Hoge Raad bevestigd. Volgens de hoogste algemene bestuursrechter moet een bestuursorgaan ter voorkoming van een ongelijkwaardige procespositie de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar maken zodat deze voor derden toegankelijk zijn.²⁹ Met verwijzing naar de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde de Hoge Raad dat een bestuursorgaan moet zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de bij het (deels) geautomatiseerde proces gemaakte keuzes.³⁰

V. Zorg als overheid voor een goede balans tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde (invoering en) uitvoering van wetgeving

Een gevolg van digitalisering is dat de samenleving in toenemende mate te maken krijgt met digitale bestuurders die geen uitleg kunnen geven, of verantwoording af kunnen leggen, op de manier waarop een bestuurder

27 Zo heeft een aantal gemeenten een algoritmeregister, waarin een overzicht is opgenomen van de algoritmes die worden gebruikt bij gemeentelijke dienstverlening. Zie onder meer het algoritmeregister van de Gemeente Amsterdam: <https://algoritmeregister.amsterdam.nl/>.

28 Vgl. hier ook rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI).

29 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS); en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding).

30 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

van vlees en bloed dat kan.³¹ De cumulatieve complexiteit van de regeling en de softwarematige uitvoering daarvan kan het handelen van de 'digitale bestuurder' gemakkelijk onttrekken aan de mogelijkheid van controle. Dit ontnemt burgers, bedrijven, het parlement en uiteindelijk de rechter de mogelijkheid om zich een goed oordeel over de uitvoering van een regeling te vormen. Gelet op het belang van verantwoording, juist als keuzes op systeemniveau worden gemaakt,³² moeten duidelijke voorwaarden worden afgesproken waaronder zo groot mogelijke transparantie en een voldoende mate van menselijk toezicht worden gewaarborgd. Dit kan betekenen dat bij complexe wet- en regelgeving volledig softwarematige uitvoering om principiële redenen onwenselijk is.

De voordelen van digitalisering in de uitvoering moeten op blijven wegen tegen de mogelijke nadelen en risico's die eraan verbonden kunnen zijn. Dat betekent dat er een balans moet worden getroffen. Een geheel gedigitaliseerde overheid zou zijn doel voorbijschieten: er moet in het bijzonder altijd in voldoende mate worden gezorgd voor menselijke controle, voor de mogelijkheid van persoonlijk contact, en voor de mogelijkheid om menselijke factoren mee te laten wegen in de besluitvorming. Het risico van '*the computer says no*' moet in het contact tussen burgers en overheid, kortom, worden voorkomen. Om dat te bereiken moet vanaf het begin voldoende aandacht zijn voor de positie van de mens in de uitvoering. Zo kan het bijvoorbeeld van belang zijn om binnen die regeling die beslissingen te identificeren die zo belangrijk zijn, of die een afweging vergen die zo complex of genuanceerd kan zijn, dat menselijke besluitvorming of controle wenselijk is.³³

Een verantwoorde uitvoering begint met een zorgvuldige invoering. Het door de regering geuite voornemen om een jaar na start van de uitvoering van nieuwe wet- en regelgeving een 'invoeringstoets' te doen plaatsvinden, biedt daartoe een aanknopingspunt.³⁴ Het zou goed zijn uitvoerings- en invoeringstoetsen te incorporeren in het *lifecycle management* van software en IT-systemen. Deze toetsen zouden ook onderdeel moeten zijn van de agenda van interne en externe toezichthouders, zoals *Audit Committees*, respectievelijk de Algemene Rekenkamer. Daarnaast is kwaliteitsbewaking

31 Zie M.A.P. Bovens, De digitale rechtsstaat: beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat, Utrecht 1998. Zie over verantwoording door het lokale bestuur A. Meijer, M.T. Schäfer & M. Branderhorst, Principes voor goed lokaal bestuur in de digitale samenleving, Bestuurswetenschappen 2019/4.

32 M.A.P. Bovens & S. Zouridis, From street-level to system-level bureaucracies: How information and communication technology is transforming administrative discretion and constitutional control, Public Administration Review, 2002, p. 174-184.

33 Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

34 Brief van de minister-president van 15 januari 2021, Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 4.

een onderwerp van continue zorg. Er dienen (waar mogelijk eenvormige) goede uitgangspunten te zijn voor de evaluatie van software bij invoering, maar ook daarna. Software heeft een korte levensduur en er dient continue onderhoud aan te worden gepleegd en aanpassingen aan te worden gedaan. Ook dienen er criteria te komen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wanneer een softwareproduct aan volledige vervanging toe is.

VI. Besteed aan de voorkant voldoende aandacht aan de voorwaarden en spelregels voor de ondersteuning en uitvoering van overheids-ICT, en het daarmee samenhangende datagebruik, door private partijen

Private partijen spelen een onmisbare rol bij de ontwikkeling en ondersteuning van ICT in overheidsverband. Om die ondersteuning te laten welslagen is over en weer voldoende kennis nodig van zowel de ICT als van de specifieke uitdagingen en kenmerken van het beleidsterrein in kwestie. De overheid moet voldoende kennis van ICT in huis hebben om het werk van de ontwikkelaar te kunnen controleren en om ook achteraf voldoende grip en zicht te behouden op het ontwikkelde systeem. De ontwikkeling van grote ICT-projecten bij de overheid is in de afgelopen jaren kwetsbaar en (te) kostbaar gebleken. Er is dan ook behoefte aan meer operationele ICT-expertise aan de kant van de overheid, en aan uniforme uitgangspunten, kwaliteitseisen en werkprocessen die het mogelijk maken om grip te krijgen op de uitvoering en ondersteuning van overheids-ICT door private partijen. Al in 2014 deed de commissie-Elias ('Grip op ICT') dienaangaande een groot aantal aanbevelingen, die nog altijd relevant zijn.³⁵

Voordat wordt besloten om een private partij te betrekken in de uitvoering of het onderhoud van een ICT-systeem staat de overheid voor de keuze of zij de software zelf, in huis, kan en wil ontwikkelen, dan wel uit te besteden. De uitkomst van deze beoordeling zal veelal worden ingegeven door afwegingen van doelmatigheid en beschikbaarheid van expertise en mankracht binnen de betreffende overheidsdienst. Er spelen echter ook andere afwegingen, zoals de vraag of de expertise die is ingezet en opgebouwd bij het ontwikkelingsproces ook in de loop van tijd nog beschikbaar blijft. Er kunnen belangrijke redenen zijn om als overheid bepaalde softwaresystemen 'in huis' te ontwikkelen, ook als dit in eerste instantie tot extra kosten en investeringen leidt.

35 Eindrapport Parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid, oktober 2014, Kamerstukken 2014/15, 33326, nr. 5.

Indien private partijen overheidssoftware ontwikkelen, dienen vooraf goede en inzichtelijke afspraken te worden gemaakt rond onderwerpen als verantwoordelijkheid, datagebruik, eigendom van data en techniek, onderhoud en knowhow. Te vaak worden belangrijke afspraken pas gemaakt als eenmaal is aanbesteed of tot samenwerking is besloten en bestaat van buitenaf weinig zicht op de wijze waarop de samenwerking is vormgegeven. Met name over datagebruik dienen vooraf scherpe standaarden te worden gesteld. Daarbij kan erop worden gewezen dat overheden in toenemende mate ook gebonden zijn aan Unierechtelijke verplichtingen, zoals de eIDAS-verordening,³⁶ die overheden en private organisaties met een publieke taak verplicht om Europees erkende inlogmiddelen, ook van andere EU-lidstaten, te accepteren in hun digitale dienstverlening. Door de Unie wordt met ambitie gewerkt aan verdere regulering van datagebruik, van dataplatforms en van data- en platform-gedreven bedrijven. Daaruit voortkomende standaarden dienen ook benut te worden voor de bij overheids-ICT betrokken private partijen.

Ook als de overheid zelf software ontwikkelt, dienen zich vragen aan. Kan deze software bijvoorbeeld, al dan niet tegen vergoeding, beschikbaar worden gesteld aan andere overheden of bedrijven, en onder welke voorwaarden? De wettelijke kaders dienen de effectieve (door-)ontwikkeling van overheidssoftware mogelijk maken. Een andere belangrijke vraag is wat de overheid mag doen met de data die zij in haar taakuitoefening verzamelt en die wellicht een economische waarde vertegenwoordigen. Zou de overheid bijvoorbeeld verplicht moeten worden deze data te delen, en zo ja tegen welke voorwaarden? Of juist niet? Indien de overheid zelf complexe systemen inricht,³⁷ welke waarborgen bestaan dan dat de overheid ook na verloop van tijd, zicht en grip heeft op het algoritme? Er moet, kortom, meer aandacht zijn voor de verhouding tussen overheid, burgers en markt in het kader van digitalisering.

36 Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, Pb L 257, p. 73.

37 Bijvoorbeeld AI, of machinelearning.

2. Het toetsingskader 'Digitalisering en wetgeving'

Algemeen toetsingskader

De Afdeling gebruikt in haar advisering een algemeen toetsingskader, waarin de elementen zijn geëxpliciteerd waarop de Afdeling wet- en regelgeving toetst. In het toetsingskader van de Afdeling wordt een drieslag gehanteerd: de beleidsanalytische toets, de juridische toets en de wetstechnische toets. De vragen die in deze toetsen naar voren komen, dienen in hun samenhang te worden bezien. Het toetsingskader is geen afvinklijst, maar vormt een instrument dat ervoor zorgt dat bij de voorbereidingen van adviezen altijd alle relevante vragen aan de orde komen. Die vormen de basis voor de adviesopmerkingen. Voor wetgeving met digitaliseringsaspecten worden deze vragen hierna verdiept en gepreciseerd.

Daarmee geeft de Afdeling aan hoe zij zelf in haar advisering over wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering afweegt. Het toetsingskader is nadrukkelijk ook bedoeld om door de andere actoren in het wetgevingsproces te worden gebruikt. Het toetsingskader moet namelijk worden gezien als een inventarisatie van de aspecten die in het wetgevingsproces als geheel moeten worden getoetst, zonder dat dit betekent dat de Afdeling (in alle gevallen) zelf alle onderdelen van het toetsingskader zal en kan toepassen bij haar advisering. Zo is het denkbaar dat bepaalde technische ICT-aspecten buiten de toetsing van de Afdeling blijft, maar bijvoorbeeld wel in de uitvoeringstoetsing aan de orde moet komen.

Mede op basis van toekomstige ervaringen, in het wetgevingsproces en de uitvoeringspraktijk, zullen de toetsingscriteria in de loop der tijd nader vorm moeten krijgen. In de komende periode zal de Afdeling bij voorrang in haar adviezen ingaan op de volgende aspecten:

- Hoe verhoudt het voorstel zich tot de (fundamentele) rechten van burgers?
- Worden de belangrijkste (normatieve) afwegingen in de wet zelf gemaakt (primaat van de wetgever)?
- Worden in de toelichting bij de wet (verondersteld) te gebruiken automatische besluitvorming en algoritmen toegelicht (burgerperspectief en doen-vermogen), en wordt daarbij ingegaan op transparantie, controleerbaarheid en rechtsbescherming?
- Is een uitvoeringstoets voorhanden (uitvoerbaarheid)?

Met onderhavige aanvulling op het toetsingskader beoogt de Afdeling in algemene zin bij te dragen aan het voortschrijden van het inzicht rond digitalisering en wetgeving. Doel daarvan is de eenheid van wetgeving

en het uitgangspunt dat gelijke vraagstukken op gelijke wijze worden beantwoord, zodat burgers en uitvoerende diensten niet steeds weer met andere regels voor dezelfde vraagstukken worden geconfronteerd.

I. De beleidsanalytische toets

Deze toets is een analyse van beleidsmatige aspecten van een voorstel, aan de hand van drie hoofdpunten. In de eerste plaats onderzoekt de Afdeling welk maatschappelijk probleem het voorstel beoogt op te lossen ('probleem-beschrijving'). In de tweede plaats wordt bekeken of de voorgestelde regeling het probleem effectief en efficiënt oplost en niet tot onaanvaardbare neven-effecten voor burgers en bedrijven leidt ('probleemaanpak'). In de derde plaats kijkt de Afdeling naar de naleefbaarheid door burgers en bedrijven en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid door de overheid ('uitvoering'). Bij digitalisering spelen daarbij enkele punten in het bijzonder:

- a. Onderbouwing van de wijze waarop digitalisering is vormgegeven.
- b. Het burgerperspectief en 'doenvermogen': de uitvoerbaarheid voor burgers en bedrijven, mogelijkheden tot fouterstel en adequate rechtsbescherming.
- c. De uitvoerbaarheid voor uitvoeringsorganisaties (en de invoering).
- d. De vormgeving van het toezicht op de uitvoering en de ketenverantwoordelijkheden daarbij van toezichhouders (inclusief verantwoording).

Ad a. Onderbouwing van de wijze waarop digitalisering is vormgegeven

Digitalisering is in veel gevallen niet alleen een wenselijke, maar (op termijn) ook een onvermijdelijke ontwikkeling. Dit ontslaat de wetgever er niet van om, wanneer hij ervoor kiest bij de uitvoering van wet- en regelgeving en overheidsbeleid gebruik te maken van digitale middelen, deze keuze te onderbouwen en daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan de wijze waarop dat de digitalisering is vormgegeven. De Afdeling toetst of de wijze van digitalisering het maatschappelijke probleem - gegeven het doel, voorwerp en de complexiteit van het voorstel - op een effectieve en efficiënte wijze oplost. Daarbij betreft de Afdeling verschillende aspecten:

- Een voorvraag is *waar de digitalisering betrekking op heeft*. Gaat het om gedigitaliseerde uitvoering van overheidsbeleid (zoals digitale recherche, inlichtingen of toezicht), gedigitaliseerde toegang tot overheidsdiensten (zoals het doorgeven van een verhuizing of de aangifte van een geboorte) of gedigitaliseerde besluitvorming of geschilbeslechting (zoals vergunningverlening, het verstrekken van toeslagen of digitaal procederen)?

- In alle gevallen rijst de vraag of de voorgestelde wijze van digitalisering nodig en geschikt is om het doel van het voorstel te realiseren. Leidt digitalisering bijvoorbeeld tot *significante doelmatigheidsvoordelen* voor de overheid, bedrijven en burgers, doordat de uitvoering goedkoper wordt, sneller verloopt of minder capaciteit vergt? Worden deze voordelen voldoende gespecificeerd onderbouwd?
- Het spiegelbeeld hiervan, of de *nadelen en neveneffecten* van digitalisering afdoende in beeld zijn gebracht, is evenzeer van belang. Zijn minder nadelige of ingrijpende oplossingen verkend; in het bijzonder vanuit het perspectief van burgers en de wijze van uitvoering in de praktijk (zie ook hierna, sub b en c)?³⁸
- Welke middelen (ICT-techniek) worden gebruikt, en is voldoende onderbouwd dat deze *robuust en toekomstbestendig* zijn? De wijze waarop digitalisering wordt vormgegeven, is vanzelfsprekend ook afhankelijk van de beschikbare technische middelen en de ervaringen daarmee bij soortgelijke toepassingen. Voor zover gebruik wordt gemaakt van AI-technieken, rijst de vraag of hier voldoende grip op kan worden gehouden. Bestaat daarover geen zekerheid, dan kan het in voorkomende gevallen gerechtvaardigd zijn af te zien van digitalisering, dan wel de vormgeving of wijze van uitvoering te herzien.
- De voorgaande vragen kunnen ook spelen wanneer *de digitalisering zelf het onderwerp is van regelgeving*, zoals een voorstel dat elektronisch stemmen of het gebruik van zelfrijdende voertuigen reguleert. Ook in dat verband moet worden onderzocht of en in welke mate automatisering en digitalisering wenselijk en mogelijk is. Daarbij spelen vragen als: staat vast dat stemcomputers betrouwbaar en voldoende robuust zijn en is overtuigend onderbouwd dat de techniek genoeg is gevorderd om zelfrijdende voertuigen op de openbare weg toe te laten?

De wenselijkheid van de mate van automatisering is voorts afhankelijk van een aantal beleidsinhoudelijke vragen:

- Op *welk beleidsterrein* heeft de digitalisering betrekking? Gaat het bijvoorbeeld om automatisering van voor burgers essentiële voorzieningen? De inzet van ICT mag niet betekenen dat kwetsbare burgers verstoken blijven van zorg, maatschappelijke ondersteuning of sociale-zekerheidsvoorzieningen, waarvan zij afhankelijk zijn. En voor de overheid moeten zaken als belastinginning en handhaving voldoende verzekerd zijn. Het (essentiële) karakter van een dienst of voorziening kan van betekenis zijn of digitale uitvoering passend is, dan wel of bepaalde (aanvullende) waarborgen geboden zijn.

³⁸ Deze elementen betreft de Afdeling ook bij de juridische toets van het voorstel, in het bijzonder ten aanzien van de verhouding tot het hoger recht en de behoorlijkheidsbeginselen, onderdeel II, sub a en d.

- In dat verband is ook relevant *voor wie de geautomatiseerde uitvoering gevolgen heeft*. Zijn dat voornamelijk burgers of bedrijven (of beide)? Voor bedrijven kan geautomatiseerde uitvoering in voorkomende gevallen tot efficiencyvoordelen leiden, terwijl dit voor burgers en kleine zelfstandigen juist tot een lastenverzwaring kan leiden, bijvoorbeeld indien dit een zekere mate van technische kennis en kunde vooronderstelt (zie ook sub b, hierna).
- Dergelijke vragen spelen ook bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Te denken valt aan regulering van financiële dienstverlening ('fintech'), die voor burgers en bedrijven essentieel zijn: is onderbouwd dat de toegang tot deze diensten niet in het gedrang komt als gevolg van automatisering? De vraag welke mate van automatisering wenselijk en mogelijk is, speelt bijvoorbeeld ook op het terrein van de gezondheidszorg, zoals ten aanzien van gezondheidsapps of gebruik van technologieën bij medisch onderzoek.

**Ad b. Het burgerperspectief en 'doenvermogen':
de uitvoerbaarheid voor burgers**

Bij dit onderdeel van de beleidsanalytische toets bekijkt de Afdeling of de regeling in de praktijk uitvoerbaar is voor burgers. Wanneer het gaat om geautomatiseerde uitvoering van overheidsbeleid of wetgeving, betreft de Afdeling onder meer de volgende aspecten:

- *Begrijpen burgers wat de regeling betekent* en wat de regeling van hem of haar verlangt in de dagelijkse praktijk? Gedigitaliseerde uitvoering van overheidsbeleid kan grote gevolgen hebben voor burgers, zeker wanneer het voorstel vooral bepaalde kwetsbare groepen raakt. Afhankelijk daarvan, is van belang dat een regeling aldus is opgesteld dat het burgers duidelijk is welke gevolgen de automatisering voor hen (in juridische én praktische zin) heeft.
- Is onderbouwd dat de *beoogde techniek voldoende gebruiksvriendelijk* is? Het is van belang dat de beoogde techniek voor de doelgroep begrijpelijk en toegankelijk is. Dit betekent niet alleen dat burgers met de techniek uit de voeten kunnen, maar ook dat gewaarborgd is dat eenieder over de techniek kan beschikken. Daarbij is ook relevant of burgers al ervaring hebben met de gebruikte technologie en/of automatisering in het betreffende beleidsdomein.
- Voor zover de technische uitwerking bij het opstellen van de regeling nog niet bekend is, voorziet de regeling in voldoende waarborgen dat de techniek op moment van uitvoering beschikbaar, hanteerbaar en gebruiksvriendelijk zal zijn?
- Is bij geautomatiseerde uitvoering of besluitvorming voorzien in *menselijke tussenkomst en contactmogelijkheden met de overheid*? Afhankelijk van de aard van de besluitvorming is betekenisvolle menselijke tussenkomst van belang, hetgeen niet alleen formeel moet zijn geregeld, maar ook

in de praktijk op een betekenisvolle manier moet zijn gewaarborgd.³⁹ Ook bij geautomatiseerde uitvoering moeten burgers altijd een mogelijkheid van 'zinvol' contact met de overheid hebben (en bijvoorbeeld niet alleen in de vorm van een chatbot of webformulier). Zie voorts hierna, onderdeel II, onder a.

- In dat verband: is ook voorzien in voldoende *mogelijkheden om fouten in het proces te herstellen*? En zijn de rechtsmiddelen (bezwaar en beroep) kenbaar en voldoende toegankelijk? Is voorzien in de mogelijkheid een klacht in te dienen (bijvoorbeeld bij een toezichthouder)? Hoe is de *rechtsbescherming*, wanneer fouterstel geen soelaas biedt, in bezwaar- en beroepsfasen voor burgers vormgegeven?
- Is voorzien in *voldoende voorlichting* vooraf? Los van de juridische en technische aspecten, is het van belang dat burgers tijdig op de hoogte raken van de gevolgen van automatisering voor hem of haar. Daarbij kan ook relevant zijn dat wordt voorzien in voldoende (technische) ondersteuning vanuit de overheid.

Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer

Een bestuursorgaan was in het voorstel verplicht ondersteuning te bieden aan personen voor wie elektronische verzending of ontvangst bezwaarlijk is. Deze zorgplicht was beperkt tot situaties waarin de papieren weg is afgesloten. De Afdeling overwoog dat minder digitaal vaardige burgers daarmee op een achterstand kwamen te staan – en dat de overheid bovendien een verantwoordelijkheid heeft om hulp te geven aan burgers die zich in het (digitale) contact met de overheid niet kunnen redden. De Afdeling adviseerde vervolgens te bezien hoe de voorgestelde zorgplicht meer concreet en afdwingbaar kan worden gemaakt, en af te wegen of de zorgplicht slechts moet zien op situaties waarin de digitale weg verplicht is gesteld.⁴⁰

Een aantal van deze vragen kan ook rijzen bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Het burgerperspectief verdient, ter illustratie, ook aandacht in de hiervóór onder ad a. aangehaalde voorbeelden over wetgeving op het terrein van financiële dienstverlening en gezondheidszorg: zo rijst de vraag of een (door het voorstel gereguleerde) financiële dienst of gezondheidsapp voldoende toegankelijk en bruikbaar is voor burgers?

39 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 december inzake wijziging van de Wet BRP, 2020, W04.20.0359/I (niet openbaar); advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 22 juli 2020 inzake wijziging van de Wet Studiefinanciering 2000, W05.20.0077/I (niet openbaar).

40 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 maart 2018 inzake de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, W04.170190/I, Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4.

Ad c. uitvoering door uitvoeringsorganisaties

Bij het onderdeel van de beleidsanalytische toets dat ziet op de uitvoering en uitvoerbaarheid, kijkt de Afdeling in het bijzonder of de relevante uitvoeringsorganisaties bij de besluitvorming zijn betrokken en hoe zij over de uitvoerbaarheid van het voorstel oordelen. Ook dit bekijkt de Afdeling sterk vanuit het perspectief van burgers en bedrijven: is voldoende zeker dat zij niet worden geconfronteerd met een vastgelopen uitvoering? In dat licht betreft zij in het bijzonder de volgende aspecten:

- Hoe *beoordelen uitvoeringsorganisaties de uitvoerbaarheid* en de in het voorstel gemaakte keuzes? Leent het voorwerp van de regeling zich gelet op de uitvoeringspraktijk naar hun oordeel voor geautomatiseerde uitvoering? Daarbij bekijkt de Afdeling ook hoe uitvoeringsorganisaties de digitale vaardigheden van burgers en bedrijven beoordelen.
- Is de *techniek voor hen al beschikbaar* en zijn zij ermee bekend? Relevant is bijvoorbeeld of de uitvoeringsorganisaties reeds ervaring hebben met (soortgelijke) automatisering, al dan niet op het betreffende terrein.
- Hebben zij de *capaciteit en middelen* om de automatisering in goede banen te leiden? Onder meer is relevant of de benodigde ICT al aanwezig is, voor de gebruikte technieken voldoende ambtelijke ondersteuning is en of bijzondere kennis en expertise aanwezig is.
- Is een *effectieve en efficiënte uitvoering* afdoende geborgd? Bestaat inzicht in de kosten die met de automatisering gepaard gaan en zijn alternatieven onderzocht?
- Is in het *uitvoeringsproces de positie van burgers voldoende geborgd*? Uitvoeringsorganisaties en overheden moeten niet alleen in technische zin een adequate gedigitaliseerde uitvoering waarborgen. Het is ook van belang dat de organisatie erop is ingericht om dolende burgers tijdig op te sporen en verder te helpen, en om hulpvragen laagdrempelig, efficiënt en snel op te lossen.

Uitvoeringsvragen, zoals hiervóór omschreven, kunnen ook aan de orde komen bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Zijn, om een voorbeeld te noemen, gemeenten in staat om een (volledig) elektronisch stemproces te organiseren? Een goede uitvoering begint bij zorgvuldige invoering. Hoe is deze vormgegeven? Zijn er mogelijkheden om gebreken die bij de invoering naar voren komen te herstellen? Hoe verloopt de cyclus van invoering naar uitvoering tot evaluatie en verantwoording?

Ad d. vormgeving van toezicht

Onderdeel van de uitvoeringstoets van de Afdeling is erop gericht of en zo ja, op welke wijze het toezicht is ingericht. Daarbij gaat het zowel om het toezicht op de met het voorstel genormeerde, c.q. gereguleerde digitalisering als om toezicht op de digitale uitvoering. De Afdeling betreft daarbij onder meer de volgende aspecten:

- Hebben (ook) de toezichthouders een *uitvoeringstoets* verricht?
- Beschikken toezichthouders over voldoende *toezichts- en handhavings-instrumenten*? Zowel bij toezicht als handhaving in het digitale domein kunnen, naast de bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), bijzondere bevoegdheden noodzakelijk zijn.
- Beschikt de toezichthouder in feitelijke zin over de benodigde *ICT-infrastructuur* en is *voldoende technische kennis* aanwezig? Automatisering en digitalisering ontwikkelen zich snel en roepen complexe (uitvoerings-) problemen op die vragen om gespecialiseerde, technische kennis. Hoe wordt (up-to-date) kennis gewaarborgd?
- Is gewaarborgd dat toezicht op automatiseringsvraagstukken *niet te versnipperd* raakt? Afhankelijk van de inhoud van het voorstel kunnen één of meer toezichthouders betrokken zijn. Uniformiteit in toezicht en duidelijkheid inzake bevoegdheidsverdeling is van belang.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017⁴¹

In het advies van de Afdeling speelde de effectiviteit van het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten een grote rol. De Afdeling had ernstige twijfels over de daadwerkelijke effectiviteit van het voorgestelde stelsel van toezicht in relatie tot artikel 13 EVRM, en was van oordeel dat fragmentatie van toezicht voorkomen moest worden. De Afdeling adviseerde daarom het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de CTIVD te concentreren.

⁴¹ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 september 2016 inzake de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20.., W04.16.0097/I, Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4.

II. De juridische toets

Bij deze toets gaat het om de juridische kwaliteit van de regelgeving. De toets kent twee hoofdonderdelen: toetsing aan hoger (geschreven en ongeschreven) recht en inpassing van het voorstel in het bestaande recht. De Afdeling toetst het voorstel onder meer op de volgende punten:

- a. Verhouding tot fundamentele rechten
- b. Verhouding tot het Unierecht
- c. Betrokkenheid parlement
- d. Verhouding tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur
- e. Comptabiliteit met 'organieke digitale wetten'

Ad a. Verhouding tot fundamentele rechten

Bij dit onderdeel betreft de Afdeling in het bijzonder het recht op respect voor het privéleven, het recht op gegevensbescherming en het recht op gelijke behandeling. De Afdeling toetst hier met name aan het EVRM, het Handvest van de EU en de AVG.

- Voldoet de wet- of regelgeving aan artikel 8 EVRM, artikel 7 EU-Handvest, en artikel 10 Grondwet inzake het recht op *respect van het privéleven*? Voldoet de wet- of regelgeving die het recht op respect van het privéleven beperkt met name aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit? Het recht op respect voor het privéleven omvat meer dan de bescherming tegen gegevensverwerking of informationele privacy *sec*. Het gaat ook om bescherming tegen inbreuken op (vertrouwelijke) communicatie en individuele besluitvorming, bescherming in de huiselijke sfeer (bijvoorbeeld laptops, camera's), persoonlijke en sociale identiteit (bijv. registraties) en lichamelijke integriteit (bijv. biometrie).
- Het is van belang na te gaan of met de maatregel specifieke groepen burgers worden getroffen. Privacy heeft in dat opzicht niet alleen een individuele maar ook sociale waarde, en biedt hier ook bescherming.⁴² Als bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van profileringstechnieken, ontstaat daarmee dan een mogelijk risico van stigmatisering, discriminatie of stereotypering? Dit, ook in het licht van het *gelijkheidsbeginsel* van artikel 14 EVRM of het *verbod op discriminatie* zoals opgenomen in artikel 1 van de Grondwet, artikel 1, Twaalfde Protocol bij het EVRM, artikel 18 VWEU en artikel 21 EU-Handvest. Het gebruik van digitale technologie, zoals geautomatiseerde besluitvorming, kent *biases*, die naar voren kunnen komen in de data die worden gebruikt en de keuzes voor ontwerp van het model. Ook de

⁴² Vgl. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. Zie ook advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

socio-technische context waarin de technologie wordt ingezet kan echter bijdragen aan stigmatisering of zelfs discriminatie. Zo kan het voorkomen dat data-analyse om fraude op te sporen alleen binnen bepaalde wijken wordt ingezet.⁴³

Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden⁴⁴

In het advies overwoog de Afdeling dat er situaties kunnen zijn waarin profilering een duidelijke meerwaarde heeft, maar dat er ook risico's aan verbonden zijn. Een groot risico is dat aan een individueel persoon een groepskenmerk wordt tegengeworpen, terwijl dat kenmerk niet op hem van toepassing is. Daarnaast overwoog de Afdeling dat voorstelbaar was dat de gegevensverwerking met de daarmee samenhangende risicomeldingen vooral gericht zou worden op wijken of categorieën personen met eenzijdige samenstelling (bijvoorbeeld arm of rijk, sociale of etnische opbouw). De Afdeling wees op de stigmatiserende werking hiervan, doordat dit een eenzijdig en onjuist beeld kan opleveren van de mate waarin fraude voorkomt onder bepaalde groepen.

- Als sprake is van gegevensverwerking, voldoet de wet- en regelgeving dan eveneens aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit van het gegevensbeschermingsrecht (artikel 8 EVRM en 8 EU-Handvest), en de (overige) vereisten die de AVG stelt? Eveneens bieden de e-Privacyrichtlijn en de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging (2016/680/EU) belangrijke kaders in dit verband. Daarbij acht de Afdeling van belang dat toetsing aan de AVG (en andere regelgeving ter zake) een zinvolle invulling krijgt. De Afdeling toetst daarom met name aan de volgende vragen:
 - Is de wet- of regelgeving in overeenstemming met de algemene beginselen van de AVG, en dan met name het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel, en het beginsel van minimale gegevensverwerking en juistheid?⁴⁵
 - Op welke manier is de (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijkheid voor de gegevensverwerking geregeld? Het is van belang dat burgers altijd een aanspreekpunt hebben om hun rechten op grond van de AVG te kunnen uitoefenen en, als er meerdere verwerkingsverantwoordelijken zijn, bij wie zij terecht kunnen. Dit voorkomt dat ze verdwalen.⁴⁶

43 Vgl. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

44 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

45 Artikel 5 AVG.

46 Zie ook onder I, de beleidsanalytische toets, ad c.

Dit is ook van belang vanuit het oogpunt van de politieke en bestuurlijke verantwoording over de gegevensverwerking. Dit speelt te meer bij een gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid (bijvoorbeeld bij samenwerkingsverbanden): dan zal moeilijker kunnen worden bepaald door wie en op welke wijze politieke verantwoordelijkheid kan worden gedragen en hoe dit organisatorisch is ingebed.⁴⁷

- Kan de betrokkene zich bij de verwerkingsverantwoordelijke effectief beroepen op zijn rechten en op rechtsbescherming? Heeft de betrokkene voldoende toegang tot de verwerkingsverantwoordelijke en wordt de betrokkene geïnformeerd over de verwerking van gegevens? Als een beroep wordt gedaan op een uitzondering om de betrokkene te informeren, bijvoorbeeld in het kader van opsporing, heeft de betrokkene dan andere mogelijkheden om in verzet te komen?⁴⁸ Is het mogelijk informatie te geven over de onderliggende logica in het kader van geautomatiseerde besluitvorming? In dit kader is het van belang dat de betrokkene een gelijke procespositie heeft en dat als sprake is van besluitvorming door bestuursorganen de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar dienen te worden gemaakt.⁴⁹
- Kunnen burgers zich beroepen op betekenisvolle of zinvolle menselijke tussenkomst? Dat wil zeggen, als de besluitvorming niet geheel geautomatiseerd is, kan de menselijke beslisser naar behoren ingrijpen en afwijken van het geautomatiseerde resultaat of fouten herstellen?⁵⁰ Als sprake is van geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, zijn dan passende maatregelen getroffen die strekken tot bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene?⁵¹ Met andere woorden, wordt voldaan aan het verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming op grond van artikel 22 AVG?⁵² Het belang hiervan ligt er vooral in te voorkomen dat aan een individu (negatieve) groepskenmerken worden tegengeworpen.⁵³

47 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4; advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

48 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

49 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS); en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. Zie ook hoofdstuk III van de AVG en artikel 79 en 86 AVG.

50 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 december inzake wijziging van de Wet BRP, 2020, W04.20.0359/I (niet openbaar); advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 22 juli 2020 inzake wijziging van de Wet Studiefinanciering 2000, W05.20.00777/I (niet openbaar).

51 Artikel 22, derde lid, AVG en artikel 40, tweede lid, UAVG.

52 Zie ook onder I, de beleidsanalytische toets, ad d.

53 H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 8.10.

- Tot slot kunnen ook andere grondwettelijke normen zoals de vrijheid van meningsuiting, vrije nieuwsgaring, of andere vrijheden een punt van aandacht zijn, bijvoorbeeld wanneer platform- en mediadiensten worden gereguleerd.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017⁵⁴

De Afdeling oordeelde dat het wetsvoorstel met het oog op de naleving van het EVRM een aanzienlijk aantal waarborgen bevatte. De Afdeling had echter ernstige twijfels over de daadwerkelijke effectiviteit van het voorgestelde stelsel van toezicht in relatie tot artikel 13 EVRM, en adviseerde daarom het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de CTIVD te concentreren. Ook achtte de Afdeling het wetsvoorstel niet adequaat met betrekking tot artikel 8 EVRM, en adviseerde zij in het voorstel een substantieel kortere bewaartermijn van de gegevens op te nemen.

Ad b. Verhouding tot Unierecht

Naast de hiervoor al genoemde AVG, toetst de Afdeling in brede zin aan het Unierecht. Op veel terreinen reguleert de Unie digitale ontwikkelingen en waar de nationale wetgever zelf tot regulering overgaat, dient deze in overeenstemming te zijn met het toepasselijke Unierecht. Niet alleen betreft de Afdeling het Unierecht bij de toetsing van wet- en regelgeving, ook dient de onderlinge samenhang tussen wet- en regelgeving en het Unierecht te worden bewaakt. De Afdeling toetst onder meer aan de volgende punten:

- *Bestrijkt het voorstel (reeds bestaande) EU-regelgeving* op het betreffende terrein, zoals richtlijnen op het terrein van financiële dienstverlening (zoals MIFID II en PSD II), telecommunicatie (de Telecomcode) of elektriciteit en gas (het Energiepakket). In algemene zin, heeft de Europese Commissie op het terrein van digitalisering (plannen voor) voorstellen gepresenteerd voor een eengemaakte digitale markt ('Digital Single Market'). Het gaat daarbij onder meer om regulering van digitale diensten, data, online platforms, e-commerce en copyrights.
- Als het onderwerp reeds door Uniewetgeving wordt bestreken (*geharmoniseerd*), bepaalt het Unierecht de (beleids-) ruimte die er is om ten aanzien van dat onderwerp nationale regels te stellen. In andere (niet-geharmoniseerde) situaties gelden in voorkomende gevallen de Verdragsregels,

⁵⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 september 2016 inzake de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20.., W04.16.0097/I, Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4.

waarbij tevens rekening gehouden moet worden met beginselen die de afstemming tussen het nationale recht en het Unierecht regelen, opdat daartussen geen spanning ontstaat. Zo nodig behoeven nationale regelgeving een rechtvaardiging en dient zij noodzakelijk en proportioneel te zijn.

- In het bijzonder dient er bij vraagstukken rond digitalisering vaak rekening gehouden te worden met de regels inzake het *vrij verkeer van diensten en kapitaal en met de mededingings-, staatssteun- en aanbestedingsregels*.

Ad c. Betrokkenheid parlement

Wanneer digitale technologieën worden gereguleerd, spelen belangrijke normatieve vragen. Wetgeving moet altijd zorgvuldig tot stand komen en voldoende duidelijk zijn.⁵⁵ De belangrijkste keuzes, en de reikwijdte daarvan, moeten door de formele wetgever op het niveau van de wet worden gemaakt. Alleen dan kan het (uitvoerend) handelen door de overheid (bevoegd gezag) jegens de burgers voldoen aan het legaliteitsbeginsel. Om het parlement, als medewetgever, in staat te stellen in het wetgevingsproces deze verantwoordelijkheid waar te maken, dient de regering bij het indienen van voorstellen het parlement te voorzien van alle benodigde informatie. Dit betekent dat (nieuwe) eisen moeten worden gesteld aan de (memorie van) toelichting bij wetsvoorstellen, bijvoorbeeld ten aanzien van het gebruik van algoritmen. In deze context toetst de Afdeling onder meer aan de volgende aspecten:

- Technisch-complexe aspecten worden nog vaak door de formele wetgever gedelegeerd. Maakt de formele wetgever in elk geval op hoofdlijnen een zelfstandige afweging, en worden essentiële elementen van de regeling niet (te ver) gedelegeerd naar de lagere regelgever?⁵⁶ Essentiële afwegingen dient de wetgever zelf te maken. Dit zijn bijvoorbeeld afwegingen met betrekking tot de bescherming van fundamentele rechten, de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en de veiligheid. Van belang is daarbij dat de formele wetgever de normatieve keuzes maakt (ook met betrekking tot technologie). Hierbij vormt het primaat van de wetgever het richtsnoer.
- Bestaat voldoende transparantie en, daaraan gekoppeld, bestuurlijke verantwoording? Hoe is de (politieke) verantwoordelijkheid geregeld, in het geval digitale technologieën worden gebruikt door de overheid, bijvoorbeeld in uitvoeringsorganisaties?⁵⁷ In verband daarmee is het van belang dat het parlement voldoende informatie tot zijn beschikking heeft en adequaat zijn democratische controlefunctie kan uitoefenen,⁵⁸

⁵⁵ Zie De Waarde van de Wet, Jaarverslag over 2018 Raad van State.

⁵⁶ Vgl. Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving.

⁵⁷ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

⁵⁸ Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid, W04.20.0135/I, Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, paragraaf 4.5.

bijvoorbeeld ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om informatie over de gemaakte keuzes in het specificatieproces, de effectiviteit van de ingezette technologie, de wijze waarop burgers toegang tot de overheid hebben en de knelpunten die in de uitvoering naar voren zijn gekomen. In dit kader kan ook een evaluatiebepaling van belang zijn.⁵⁹

Voorbeeld:

Wetsvoorstel Gegevensverwerking door Samenwerkingsverbanden⁶⁰

Zo adviseerde de Afdeling dat het wetsvoorstel inzake gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden niet aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet voldeed. In het wetsvoorstel werd de concrete reikwijdte ingevuld door een algemene maatregel van bestuur, en werden de structurele elementen niet voldoende op het niveau van de formele wet geregeld. Dit leidde ertoe dat samenwerkingsverbanden de bevoegdheid kregen om systematisch gegevens te verwerken en te analyseren, waaronder profilering, zonder dat deze bevoegdheid aan materiële regels werd gebonden.

Ad d. Verhouding tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Met betrekking tot (gedeeltelijke) geautomatiseerde besluitvorming door de overheid toetst de Afdeling ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in samenhang gezien met het gegevensbeschermingsrecht.⁶¹ De Afdeling let daarbij met name op het evenredigheids-, motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel:

- Wordt aan burgers toegankelijk toegelicht of, en zo ja welke, *automatische beslisregels* zijn gebruikt? Wordt voldoende gemotiveerd of het besluit ook voortbouwt op besluiten of gegevens in de keten? Bij verregaande digitalisering van de overheid kan de rechtspositie van burgers worden aangetast. Dit gebrek zou kunnen worden ondervangen door een ruime invulling van het motiveringsbeginsel bij de uiteindelijke besluiten.⁶²

⁵⁹ Zie ook de wetstechnische toets, ad. d.

⁶⁰ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

⁶¹ Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

⁶² Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, paragraaf 3.4.

- Worden alle *feiten en omstandigheden* (ruimhartig) meegenomen in de besluitvorming? Hebben bestuursorganen voldoende discretionaire bevoegdheid om besluiten te nemen die afwijken van hetgeen voortvloeit uit het geautomatiseerde proces? Dit is relevant, zowel bij een volledig als een gedeeltelijk geautomatiseerd genomen besluit. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat op het geautomatiseerde proces kan worden teruggekomen als de feiten en omstandigheden hiertoe aanleiding geven.⁶³
- Zijn de gevolgen voor de belanghebbende *evenredig* als (geautomatiseerd) een besluit wordt genomen? Voor een belanghebbende mogen de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁶⁴ In het licht van het evenredigheidsbeginsel dient de wetgever in voorkomende gevallen maatwerk mogelijk te maken: niet alleen om fouten te herstellen, maar ook om in een gedigitaliseerde omgeving ruimte te geven via (zinvolle) menselijke tussenkomst bijzondere omstandigheden van burgers mee te wegen.

Als modellen of software worden aangeleverd door private partijen spelen deze beginselen eveneens een rol. Het bestuursorgaan zal zijn uiteindelijke besluit moeten kunnen onderbouwen, en dient burgers niet terug te verwijzen.⁶⁵ Met andere woorden, het bestuursorgaan blijft eindverantwoordelijke, ook bij uitbesteding aan private partijen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de andere in dit kader besproken normen dienen altijd in acht genomen te worden.

Ad e. Compatibiliteit met bestaande sectorale wetten

Regulering van digitale technologieën staat nooit op zichzelf, maar is altijd nauw verbonden met bestaande wet- en regelgeving. Afhankelijk van het onderwerp toetst de Afdeling aan het volgende:

- Past het voorstel binnen de *systematiek van de Awb*?⁶⁶ Voldoet het aan de eisen van het (nu nog) wetsvoorstel modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer?
- Voor zover het gaat om regulering van digitalisering, kunnen bijvoorbeeld ook de regels van de *Mededingingswet* van toepassing zijn (zie ook ad b., hiervóór).

⁶³ Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, paragraaf 3.4.

⁶⁴ Artikel 3:4, tweede lid, Awb.

⁶⁵ Vgl. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS); en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

⁶⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 maart 2018 inzake de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, W04.17.0190/I, Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4.

- Ook bij de *uitvoering van overheidsbeleid* spelen de mededingingsregels een rol. Het is denkbaar dat de overheid zelf de markt betreedt, wanneer zij door haarzelf ontwikkelde software of verhandelbare data aan gaat bieden. In die situatie moeten de belangen van (concurrerende) bedrijven worden meegewogen. En wanneer de uitvoering wordt uitbesteed aan externe partijen, vormt de Aanbestedingswet een relevant kader (zie ook ad b. hiervóór).
- Zoals hiervoor besproken vormt ook de AVG met de UAVG een relevant kader, ook als het gaat om de doorgifte en de beveiliging van persoonsgegevens, en het nemen van technische en organisatorische maatregelen daartoe.

III. De wetstechnische toets

Bij deze toets gaat het om de (technische) kwaliteit van de voorgestelde regeling en de toelichting, zoals logische en systematische opbouw, consistentie en gebruikte terminologie. Zoals in het voorgaande werd aangegeven is publicatie in het Staatsblad echter niet de laatste stap als het gaat om wetgeving; de omzetting van wet- en regelgeving in software (code) is in de praktijk inmiddels vaak evenzeer van belang. Om die reden moet ook in het wetgevingsproces meer aandacht zijn voor dit specificatieproces. De sterke samenhang tussen de voorgenomen regeling en de latere softwarematige uitvoering daarvan werpt in verschillende opzichten nieuw licht op de wetstechnische toets. Ten eerste zijn de bekende aspecten van de wetstechnische toets rechtstreeks van belang voor de softwarematige uitvoering van een regeling: goede omzetting in software stelt hogere eisen aan de logische en systematische opbouw van een regeling en aan het consistente gebruik van terminologie.

- a. Eenvormige werkwijze en eenvormig gebruik van (technische, digitale) begrippen.
- b. (Openbare) verslaglegging van omzetting van de voorgestelde regelgeving in geautomatiseerde beleidsregels en uitvoering ('specificatiedossier').
- c. Voorgestelde of verondersteld gebruik van 'open source' software, openbaarheid van codes en van softwarearchitectuur.
- d. Horizonbepaling en evaluatie.

Ad a. Eenvormige werkwijze en eenvormig gebruik van (technische, digitale) begrippen

In de Aanwijzingen voor de regelgeving is een aantal begrippen opgenomen waarbij de wetgever *uniformiteit in de definities* moet betrachten. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de begrippen ‘belanghebbende’ en ‘besluit’. Hierbij wordt dan aangesloten bij de definitie uit de Awb. De Afdeling toetst of dit ook voor technische en digitale begrippen gebeurt. Hierbij zijn de volgende punten relevant.

- Worden begrippen als ‘anonimiseren’, ‘pseudonimiseren’, maar ook ‘digitale communicatie’ uniform gebruikt?
- Leidt digitalisering ertoe dat bestaande begrippen op een andere wijze moeten worden gedefinieerd? Hierbij gaat het bijvoorbeeld over ‘verzending’ of ‘ontvangst’ (met de post is dit anders dan bijvoorbeeld met een e-mail).
- Moeten naar aanleiding daarvan termijnen in wetgeving ook anders (minder open) worden gedefinieerd?

Ad b. (Openbare) verslaglegging van omzetting van de voorgestelde regelgeving in geautomatiseerde beleidsregels en uitvoering (‘specificatiedossier’).

De vertaling van wettelijke bepalingen in daadwerkelijke beslisregels voor de uitvoering gebeurt op het niveau van het uitvoeringsorgaan, bijvoorbeeld door middel van beleidsregels. Dit vermindert de *kenbaarheid en daarmee de controleerbaarheid van de keuzes* die hierbij gemaakt worden. De Afdeling toetst daarom de volgende punten.

- Wordt voldoende inzichtelijk gemaakt door wie de regels uit de wet worden omgezet naar beslisregels?
- Is duidelijk welke afwegingen daarbij relevant zijn en toegepast worden?
- Op welke wijze worden deze afwegingen en de daaruit voortvloeiende keuzes vastgelegd en zodanig gepubliceerd dat deze kenbaar zijn?
- Op welke wijze wordt de goede werking van de software of de beslisregels die daaraan ten grondslag liggen (ook na verloop van tijd) gewaarborgd?

Ad c. Openbaarheid van en controle op software, parameters en data.

Ook voor de software en de codes die hierin vastliggen geldt dat deze (in de regel) niet openbaar is. In sommige gevallen zou gekozen kunnen worden voor *‘open source’ software*. Dit is echter geen vereiste, en ligt bovendien niet altijd voor de hand. Nog belangrijker is dat het openbaar maken van de code geen rechtstreeks, voor burgers bruikbaar inzicht oplevert in hoe de software werkt, en hoe deze in de praktijk wordt toegepast.

Daarvoor is voorlichting aan burgers over die software nodig, en de mogelijkheid om naar aanleiding daarvan nadere vragen te stellen. De Afdeling stelt in dit verband onder meer de volgende vragen.

- Wordt inzichtelijk gemaakt wanneer en waarvoor door de overheid van bepaalde software gebruik wordt gemaakt, en hoe deze software (in de kern) werkt? Bij de werking van de software valt te denken aan inzicht in de gebruikte beslisregels of andere rekentechnieken, en aan de parameters en data die daarbij worden gebruikt.
- Is, waar relevant, bijvoorbeeld voorzien in een aanspreekpunt waar burgers terecht kunnen met vragen over overheidssoftware?
- Worden, bijvoorbeeld bij de ontwikkeling van de software, afdoende maatregelen genomen die latere controle op de werking van de software mogelijk maken?

Ad d. Horizonbepaling en evaluatie

Technieken veranderen snel, wat kan leiden tot wetgeving die niet meer goed aansluit bij de praktijk. Ook kan sprake zijn van inzet van digitalisering die niet meer nodig blijkt te zijn of die minder effectief is dan vooraf door de wetgever gedacht. Zulke vragen kunnen in beeld komen, in het kader van een *invoeringstoets*. Daarnaast vraagt dit alles om regelmatige *evaluatie* van deze wetgeving en de daarop gebaseerde inzet van digitalisering. Er kan bovendien 'techniekafhankelijker' wetgeving worden vastgesteld, indien de wetgever deze wetgeving regelmatig tegen het licht houdt om te bezien of deze nog bij de tijd is. Dit maakt het mogelijk om minder abstracte regels vast te stellen, in ieder geval op het niveau van een amvb of ministeriële regeling. Om die reden is het goed als de wetgever zich niet alleen committeert aan periodieke, zinvolle evaluaties van zowel de regels, als de toepassing daarvan, maar ook indien mogelijk *horizonbepalingen* opneemt in dit type wetgeving. Dit voorkomt dat bijvoorbeeld veel langer dan noodzakelijk data verzameld wordt. De Afdeling toetst daarom op de volgende punten.

- Bevat het voorstel een evaluatiebepaling en is daarbij voldoende duidelijk op welke wijze geëvalueerd gaat worden? Is de gekozen wijze van evalueren geschikt voor de onderliggende techniek? Met welke regelmaat moet zo'n evaluatie geschieden en wie krijgt de uitkomsten daarvan?
- Is er reden voor het opnemen van een horizonbepaling in de betreffende regelgeving? Zo ja, welke termijn is hiervoor geschikt? Wie besluit over een mogelijke verlenging? Op welke wijze worden mogelijke evaluaties hierbij betrokken? Wat gebeurt er bijvoorbeeld met verzamelde data als besloten wordt tot beëindiging van de inzet van een bepaalde techniek?

Digitalisering en bestuursrechtspraak

Rechtsbescherming bij
algoritmische besluitvorming

Digitalisering en bestuursrechtspraak

Agendering

Het gebruik van algoritmen en kunstmatige intelligentie⁶⁷ in de samenleving neemt een grote vlucht. Ook de overheid maakt op steeds grotere schaal gebruik van de nieuwe technische mogelijkheden. Dit biedt enorme kansen voor versterking van de publieke waarden, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en voor efficiënte, snelle en betere dienstverlening door de overheid aan burgers en bedrijven, tegen veel lagere kosten dan wanneer hetzelfde werk door mensen zou moeten worden uitgevoerd. Tegelijk plaatst het gebruik van algoritmen ons voor uitdagingen. In de literatuur worden verschillende risico's genoemd, zoals *bias* (vooroordelen en discriminatie), gebrekkige verantwoording (*accountability*), gebrek aan transparantie en uitlegbaarheid, schending van grondrechten en (in algemene zin) onbetrouwbare uitkomsten bij gebruik van data van slechte kwaliteit.⁶⁸ Om deze risico's in te dammen, grondrechten te respecteren en burgers en bedrijven rechtsbescherming te bieden tegen oneerlijk of onjuist gebruik van algoritmen is een rol weggelegd voor alle actoren binnen de trias: wetgever, bestuur en (bestuurs)rechter.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna in dit tweede hoofdstuk: de Afdeling) wil met deze beschouwing een bijdrage leveren aan de discussie over bescherming van de rechten van burgers en bedrijven bij algoritmische besluitvorming binnen het publieke domein. De Afdeling wil bijdragen aan de verkenning van de vraag wat de komst van algoritmische besluitvorming betekent voor de positie en taak van de bestuursrechter. Het perspectief van deze beschouwing is daarmee primair juridisch van aard. Dat is een beperkt perspectief, en zeker niet het enige relevante perspectief om de risico's die gepaard gaan met de inzet van algoritmen te voorkomen of te mitigeren. Zo heeft de Nationale Ombudsman terecht aandacht gevraagd

67 Kunstmatige intelligentie wordt ook aangeduid als artificiële intelligentie (AI).

68 Zie D. Leslie, *Understanding artificial intelligence ethics and safety: A guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*, Alan Turing Institute 2019. Zie uitgebreid, met verwijzingen, J.H. Gerards en R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, European Commission 2020, p. 41 e.v.; D. Leslie, *Understanding artificial intelligence ethics and safety: A guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*, Alan Turing Institute 2019, p. 4. Zie voor andere grondrechten Kamerstukken II 2019/20, 26643, nr. 642, p. 3-4. Virginia Eubanks, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police and Punish the poor*, Picador 2019, p. 14 vergelijkt de inzet van data in relatie tot minder bedeelde Amerikaanse burgers zelfs met een *digital poorhouse*. Zie ook S. Kulk & S. van Deursen, *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2020.

voor het burgerperspectief.⁶⁹ Een veel beschreven probleem is bijvoorbeeld dat een orgaan van de overheid gegevens deelt met andere organen, zodat fouten in die gegevens binnen de overheid een olievlekwerking krijgen en burgers soms genoodzaakt zijn om bij vele organen aan te kloppen om die fouten te herstellen.⁷⁰ De burger heeft dan een geschil met ‘de overheid’ maar dit uit zich in vele verschillende besluiten, terwijl de achterliggende oorzaak – de koppeling van onjuiste gegevens – veelal feitelijk van aard is. De bestuursrechter kan de burger dan maar zeer beperkt te hulp schieten. Ook wanneer problemen ontstaan in de fase voorafgaand aan besluiten, bijvoorbeeld in het kader van de vergaring en selectie van data en er geen directe relatie bestaat met een besluit, is de bestuursrechter niet in staat de burger rechtsbescherming te verlenen.

Dat betekent niet dat de bestuursrechter meer oog heeft voor het perspectief van bestuursorganen dan voor de burger. Integendeel: de bestuursrechter vervult een belangrijke rol als tegenwicht tegen de steeds machtiger wordende overheid als burgers twifelen aan de eerlijkheid, zorgvuldigheid of juistheid van de (voorbereiding van de) besluitvorming. Daarom is het zinvol om in dit rapport stil te staan bij de positie van de bestuursrechter. Bij gebrek aan specifieke, op algoritmen toegesneden wettelijke spelregels of beleidsregels mag van de bestuursrechter worden verwacht dat hij bijdraagt aan normering van de inzet van algoritmen en AI binnen het openbaar bestuur. Dit om te stimuleren dat die inzet leidt tot juiste besluiten die tot stand komen in een behoorlijke procedure. De bestuursrechter kan er met zijn uitspraken aan bijdragen dat burgers een betekenisvolle uitleg krijgen over de gebruikte data en het gebruikte algoritme.

Dit alles mag van de bestuursrechter worden verwacht. Maar de bestuursrechter kan dat alleen als hij er aan te pas komt; als burgers en bedrijven toegang hebben tot de bestuursrechter. En zoals al aangegeven, is die toegang er vaak niet. De bestuursrechter moet werken binnen de krachtens de Algemene wet bestuursrecht aan hem toegekende bevoegdheid om te oordelen over de rechtmatigheid van besluiten. De laatste jaren wordt in de wetenschap en elders alom gediscussieerd of deze bevoegdheid zou moeten worden uitgebreid en verbreed.⁷¹ Die discussie zal hier niet worden overgedaan.

69 Zie ook het rapport van de Nationale Ombudsman, *Een burger is geen dataset. Ombudsvisie op behoorlijk gebruik van data en algoritmen door de overheid. Ombudsvisie op behoorlijk gebruik van data en algoritmen door de overheid*, p. 3: om het vertrouwen van burgers in overheidshandelen in een datasamenleving te borgen volstaan alleen ethische of juridische waarborgen voor de inrichting van de samenleving niet.

70 Onder meer in A. Widlak en R. Peeters, *De digitale kooi*, Boom 2018.

71 Zie bijv. F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij*, VAR-reeks 150, Den Haag: Boom 2014 en verschillende bijdragen in R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu...wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Wolters Kluwer 2018.

Wel zal worden verkend welke bijdrage de wetgever kan leveren aan goede rechtsbescherming van de bestuursrechter bij algoritmische besluiten. In dat kader zal worden bezien of de bestuursrechter beschikt over adequaat gereedschap en op algoritmische besluiten toegesneden procesrecht. Dat is noodzakelijk om de bestuursrechter in staat te stellen rechtsbescherming te bieden en om te kunnen bijdragen aan een eigentijdse toepassing van bestaande rechtsnormen of het formuleren van nieuwe rechtsnormen die de individuele casus overstijgen. Normen die zich laten vertalen in de uitvoeringspraktijk, zodat *alle* burgers die (in)direct te maken hebben met de toepassing van algoritmen door de overheid daarvan profiteren en niet alleen die burgers die hun zaak aan de rechter voorleggen.⁷² Ook op die normen zal in deze bijdrage worden ingegaan.

Hoe is deze beschouwing opgebouwd? Na een inleiding (par. 1) wordt kort aandacht besteed aan het beperkte zicht op aard en omvang van het gebruik van algoritmen door de overheid (par. 2). Daarna komt de relatie tussen algoritme en besluit aan de orde (par. 3), alsmede de toegang tot de bestuursrechter (par. 4) en de vraag of het procesrecht in de Awb de bestuursrechter voldoende mogelijkheden biedt adequate rechtsbescherming te bieden (par. 5). Vervolgens wordt aandacht besteed aan normering van gebruik van algoritmen en AI bij het nemen van bestuurlijke besluiten en in het verlengde daarvan de vraag wie de benodigde normering zou kunnen of moeten bieden: wetgever, bestuur en/of bestuursrechter (par. 6). Na een verkenning van enkele voor de praktijk belangrijke vragen (par. 7) wordt afgesloten met enkele conclusies (par. 8). Hoewel incidenteel het regime van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) aan de orde zal komen, gaat deze beschouwing niet over de betekenis van de inzet van algoritmen voor de bescherming van persoonsgegevens.

1. Inleiding en terminologie

Het gebruik van algoritmen in de maatschappij neemt snel toe. Niet alleen in het bedrijfsleven, maar ook in het publieke domein. Alle ministeries, bestuursorganen en uitvoeringsorganisaties maken gebruik van algoritmen. Soms op beperkte schaal, omdat nog ervaring moet worden opgedaan met de (on)mogelijkheden en de randvoorwaarden, maar soms op grote schaal. Sommige wettelijke regelingen kunnen alleen nog worden uitgevoerd met behulp van de toepassing van beslisregels op data. Dat geldt in ieder geval voor alle uitvoeringsorganen die financiële regelingen uitvoeren, waarbij

⁷² Alle bestuursorganen tezamen nemen jaarlijks vele miljoenen voor bezwaar en beroep vatbare besluiten. Daartegen wordt jaarlijks ongeveer 2,5 miljoen keer bezwaar gemaakt, terwijl het aantal (hogere) beroepszaken bij de bestuursrechter per jaar ongeveer 100.000 bedraagt.

het gaat om grote aantallen rechtssubjecten (personen, rechtspersonen en bedrijven) of rechtsobjecten (zoals onroerende zaken of motorvoertuigen). Denk daarbij aan de Belastingdienst, de Belastingdienst/Toeslagen, het UWV (zowel het verstrekken van uitkeringen als het heffen van premie), de Sociale Verzekeringsbank (SVB), de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO), het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB), de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW), de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), het Centraal Bureau Rijvaardigheid (CBR) en de gemeentelijke afhandeling van de Wet waardering onroerende zaken (WOZ). Maar ook op andere terreinen dan de uitvoering van financiële wetgeving heeft algoritmische besluitvorming een opmars gemaakt. Denk aan opsporing en vervolging (inclusief 'Zicht op ondermijning'), maar bijvoorbeeld ook bij de uitvoering van regels over ruimtelijke ordening en milieu. De algoritmen maken vaak onderdeel uit van softwarepakketten die overheidsorganen gebruiken en die worden toegepast op datasets om een wettelijke taak uit te voeren of te helpen uitvoeren.⁷³ Daarbij worden rekenmodules toegepast over milieueffecten van projecten en infrastructuure werken (uitstoot, neerslag, geluidbelasting). Denk aan een applicatie als de AERIUS calculator, die aan de orde kwam in een van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de inzet van algoritmen bij de regulering van uitstoot van stikstof. De inzet van dergelijke rekenmodules wordt overigens niet steeds herkend als de inzet van algoritmen.

De mate van complexiteit van deze wettelijke taken verschilt sterk, en dat maakt dat ook de inzet van algoritmen varieert. Veel eenvoudig af te handelen gevallen, waarbij menselijke tussenkomst geen toegevoegde waarde heeft, worden 100% geautomatiseerd afgehandeld. Denk aan miljoenen beschikkingen tot verlening van een geldbedrag, inclusief de uitbetaling, maar ook tot heffing van geldbedragen en boeteoplegging. Alleen al vanwege de enorme aantallen beschikkingen, met rechtsgevolgen voor miljoenen burgers, is controle op ontwerp en toepassing van algoritmen van groot belang. Die controle moet allereerst plaatsvinden door het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de uitvoering en die opdracht geeft tot het (laten) maken van het algoritme (code). Maar niet alleen de uitvoering draagt hier een verantwoordelijkheid. Er is ook een taak weggelegd voor de wetgever, ook de medewetgever

⁷³ Wetgeving en beleidsregels moeten voor de uitvoering vaak worden omgezet in code, beslisregels. Het komt sporadisch voor dat het algoritme in de wet zelf wordt opgenomen: zie de regeling voor de beslagvrije voet in artikel 475da Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Wet beslagvrije voet 2017).

(Tweede en Eerste Kamer), voor de toezichthouder(s)⁷⁴, voor de overige Hoge Colleges van Staat (Algemene Rekenkamer en Nationale Ombudsman) en voor de rechter, in het bijzonder de bestuursrechter.

De toenemende aandacht voor algoritmen in het publieke domein mag blijken uit het feit dat de Tweede Kamer hier een speciale commissie voor heeft ingesteld,⁷⁵ uit de rapporten die over dit onderwerp worden uitgebracht,⁷⁶ en uit tal van wetenschappelijke publicaties.⁷⁷ Het onderwerp heeft ook de aandacht van de betrokken ministers, getuige onder meer de Kamerbrief voor een Strategisch Actieplan voor Artificiële Intelligentie (SAPAI). Daaruit blijkt dat het kabinet wil meedoen in de voorhoede van de wereldwijd concurrerende economie, waartoe het de ontwikkeling en toepassing van AI in Nederland wil versnellen.⁷⁸

Eerst iets over de gebruikte termen: algoritmen (ook: algoritmes) en AI. Een algoritme – zo leert wikipedia – is een eindige reeks instructies die vanuit een gegeven begintoestand naar een beoogd doel leiden. Het gaat daarbij vaak om een set beslisregels die wordt toegepast op data om iets te sorteren,

74 Voor de verwerking van persoonsgegevens is de Autoriteit Persoonsgegevens de aangewezen toezichthouder. Voor andere gegevens dan persoonsgegevens is er niet één specifieke toezichthouder. Dit betekent dat alle toezichthouders (zowel markttoezichthouders als DNB, AFM, ACM, Kansspelautoriteit, en rijksinspecties als Agentschap Telecom, IGJ, ILT, J&V) ieder voor zich binnen hun domein moeten toezien op de rechtmatige en eerlijke inzet van algoritmen en AI. Het is de vraag of al die toezichthouders voldoende mankracht en kennis kunnen organiseren om deze taak op zowel kwantitatief en kwalitatief voldoende niveau te kunnen vervullen. Ook is de vraag of en op welke wijze aard en inhoud van het toezicht (het toezichtkader) onderling wordt afgestemd. Wie houdt op dit vlak toezicht op de toezichthouders?

75 De tijdelijke commissie 'Digitale toekomst' heeft onderzoek gedaan naar hoe de Tweede Kamer meer grip kan krijgen op het onderwerp digitalisering. Hoe het kansen en bedreigingen beter aan kan pakken, in Nederland en Europa. Deze commissie komt tot de conclusie dat dit begint bij het instellen van een vaste 'Kamercommissie Digitale Zaken' met ingang van de huidige kabinetsperiode.

76 Zie het Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, Kamerstukken II, 2017/18, 26643, nr. 557 en meer recent het rapport *Aandacht voor algoritmes*, van de Algemene Rekenkamer (januari 2021) en het rapport *Een burger is geen dataset; Ombudsvisie op behoorlijk gebruik van data en algoritmen door de overheid*, Nationale Ombudsman (maart 2021), nummer 2021/021.

77 Zie voor enkele nationale publicaties onder meer: B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten en rechtsbescherming*, diss. UvT 2018; S. Kulk e.a., *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen*, Den Haag: Boom Juridisch 2020; C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht*, oratie UvT 2020; J. de Poorter en J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019, afl. 44, p. 3303-3312; B.J. van Ettekoven, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big Data tijdperk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal: Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 209-233. A. Meijer, S. Grimmelikhuisen en M. Bovens, 'De legitimiteit van het algoritmisch bestuur', *NJB* 2021, p. 1470 e.v.

78 Kamerbrief over het Strategisch Actieplan voor Artificiële Intelligentie (AI), 8 oktober 2019, Kamerbrief over artificiële intelligentie, publieke waarden en mensenrechten, 8 oktober 2019, en de rapporten genoemd op de themapagina Artificiële Intelligentie en publieke waarden van de website kennisopenbaarbestuur.nl. Zie ook de Kamerbrief over ambtelijke projectgroep normering en toezicht algoritmen, 15 oktober 2020 en de Kamerbrief met kabinetsreactie op onderzoeken naar algoritmen, met als bijlage de kabinetsreactie op de notitie 'De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data', 20 november 2020.

te berekenen of te voorspellen. Dat gebeurt al decennia, bijvoorbeeld bij de Belastingdienst. Beslisregels komen voor in verschillende vormen, ook als beslisboom; tegenwoordig noemen we een dergelijke beslisboom ook wel een *rule-based algorithm*. Kenmerk daarvan is dat deze een 'als x, dan y'-karakter heeft. Zeer eenvoudige *rule-based* algoritmes bevatten slechts één handeling met één gevolg, maar meer complexe algoritmes kunnen verschillende regels combineren. Ook dan geldt echter nog dat als de regels voldoende duidelijk zijn en de variabelen ook bekend zijn, het algoritme bestaat uit verschillende 'als x, dan y'-regels.⁷⁹

Over de afbakening van het begrip AI, artificiële (of: kunstmatige) intelligentie, is meer discussie. Sommigen scharen alle vormen van digitalisering, automatisering en de inzet van algoritmen onder de term AI.⁸⁰ In de meer gehanteerde benadering wordt de term AI gereserveerd voor vormen van *machine learning*, waarbij de AI-applicatie in staat is te leren.⁸¹ Daartoe leidt een applicatie uit grote gegevensverzamelingen modellen af die vervolgens worden toegepast op invoergegevens. Men spreekt dan ook wel van een *case-based algorithm*, die zelf correlaties identificeert.⁸² Met menselijke tussenkomst en training wordt wel gesproken van *supervised machine learning*. Als de AI-applicatie in staat is te leren en zichzelf aan te passen zonder menselijke tussenkomst dan wordt wel gesproken van *unsupervised machine learning* en *deep learning*.⁸³ Bekende vormen zijn beeldherkenning (*image of facial recognition*), veel gebruikt in de medische wetenschap, bij beveiliging en bij de ontwikkeling van de zelfsturende auto, spraakherkenning (*voice recognition*, zoals Siri van Apple) en *natural language processing* (vertaalapplicaties zoals Google translate, maar ook het analyseren door politie, OM en de veiligheidsdiensten AIVD en MIVD van miljoenen berichten, zoals na de 'kraak' van encryptie van cryptotelefoons (Encrochat en Sky ECC) en sleepnetacties).

79 J.H. Gerards en R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, European Commission 2020, p. 32 e.v.; M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Universiteit van Tilburg), 2018, p. 68.

80 Zie bijv. het rapport van de House of Lords, *AI in the UK: ready, willing and able?*, 2018, p. 16.

81 Zie bijv. S. van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving: #HoeDan?', in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164). Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 185-231.

82 S. Kulk & S. van Deursen, *Juridische aspecten van algoritmen die besluiten nemen. Een verkennend onderzoek*, Den Haag: WODC 2020, p. 33.

83 Zie over de verschillende typen van algoritmen ook J.H. Gerards en R. Xenidis, in het rapport *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, European Commission 2020, par. 1.2.

2. Omvang van het gebruik van algoritmen en AI

Er is beperkt zicht op aard en omvang van het gebruik van algoritmes binnen de overheid. TNO, het CBS en de Algemene Rekenkamer hebben gepoogd dit in kaart te brengen, met wisselende uitkomsten.

- TNO stelt in haar 'quick scan' van AI vast dat bij 42 AI-toepassingen gemeenten zijn betrokken, bij 34 toepassingen uitvoeringsinstanties en bij 5 toepassingen de centrale overheid. Waterschappen en provincies maken relatief weinig gebruik van AI. AI blijkt vooral te worden toegepast in het kader van inspectie en handhaving (bijvoorbeeld SyRI), terwijl ook opsporing (het big-dataexperiment FinPro), 'inzet van middelen' (sensoren in vuilnisbakken) en onderhoud AI-toepassingen laten zien. In de domeinen fysieke omgeving, sociaal domein en bestrijding van criminaliteit wordt AI veel gebruikt. Met name gemeenten, uitvoeringsinstellingen en de politie passen AI toe; ook wordt veel samengewerkt door overheden. Volgens TNO is het lastig om vast te stellen of er sprake is van zelflerende algoritmen of van intensief datagebruik en –koppeling.⁸⁴
- Het CBS stelt met meer exactheid te kunnen aangeven in welke mate *case-* dan wel *rule-based* algoritmen worden gebruikt: overheden blijken meer gebruik te maken van case-based algoritmen (37% versus 16% *rule based* en 47% die beide gebruiken). Het voornaamste doel van de inzet van algoritmen is het signaleren van verhoogde risico's (bijv. vroegtijdige schoolverlaters, fraudeurs, verzakking van funderingen). De meeste organisaties benadrukken dat het algoritme een adviserende functie heeft en zelf als regel geen beslissingen neemt. Het CBS-rapport laat ook zien dat overheden aandacht hebben voor de ethische kant van de inzet van algoritmen. Zij blijken het meest te zien in woordelijke uitleg van het algoritme, al dan niet met behulp van versimpelde voorbeelden of beeldmateriaal. De keuze voor een specifiek algoritme blijkt samen te hangen met hoe goed het algoritme kan worden verklaard en uitgelegd en in welke mate getoetst kan worden op nauwkeurigheid en juistheid. Veel organisaties hebben geen behoefte aan nieuwe wet- of regelgeving maar veeleer aan nieuw beleid, met name over de privacy, inzichtelijkheid, transparantie en het controleren en testen van algoritmen. Het CBS stelt vast dat een vrij breed gedeelte behoefte bestaat aan een standaard of kader met voorwaarden waaraan een algoritme moet voldoen, al voelen sommige overheden er meer voor hierover zelf te besluiten.⁸⁵

⁸⁴ A.F. Veenstra e.a., *Quick scan AI in de publieke dienstverlening*, TNO, april 2019.

⁸⁵ S. Doove en D. Otten, *Verkennd onderzoek naar het gebruik van algoritmen binnen overheidsorganisaties*, CBS november 2018.

- De Algemene Rekenkamer onderzocht de inzet van algoritmes bij de rijksoverheid. Volgens de Rekenkamer worden binnen de rijksoverheid met name relatief eenvoudige algoritmes ingezet. Er is altijd sprake van een *'human in the loop'*. De Rekenkamer stelt vast dat vrijwel elk departement AI-toepassingen inzet of ontwikkelt. Met uitzondering van het ministerie van Algemene Zaken maken alle ministeries gebruik van algoritmes bij hun publieke taakuitoefening. Binnen de rijksoverheid worden wel lerende, maar niet volledig zelflerende algoritmes aangetroffen. De Rekenkamer stelt vast dat automatische besluitvorming alleen plaatsvindt bij algoritmes die eenvoudige administratieve handelingen uitvoeren. Ministeries hebben verder behoefte aan centrale kaderstelling over het gebruik en de risicobeheersing van algoritmes. De Rekenkamer is van oordeel dat een toetsingskader generiek van aard kan zijn. Het heeft zelf een dergelijk kader ontwikkeld waarin vijf perspectieven worden uitgewerkt: (1) sturing en verantwoording, (2) model en data, (3) privacy, (4) *IT General Controls* en (5) ethiek.⁸⁶

Het is de vraag of altijd een representatief beeld wordt gegeven van de werkelijkheid. Zo schrijft de Algemene Rekenkamer: "Wij hebben vastgesteld dat automatische besluitvorming alleen plaatsvindt bij algoritmes die eenvoudige administratieve handelingen uitvoeren, *zonder enige impact voor de burger*." En: "Binnen de inventarisatie toegepaste algoritmes binnen de rijksoverheid zijn er geen algoritmes aangetroffen die volledig autonoom handelen."⁸⁷ Dit roept vragen op. Immers, veel uitvoeringsinstanties zijn compleet afhankelijk van geautomatiseerde besluitvorming, die plaatsvindt met inzet van algoritmen (beslisregels) op datasets. Die besluiten gaan vaak over toekenning of heffing van bedragen en zijn daarmee rechtstreeks van invloed op de (rechts)positie van de burger. Te denken valt aan de volautomatische oplegging van boetes voor verkeersovertredingen door de overheid, met behulp van het CJIB, of de volautomatische toekenning van kinderbijslag en het door de SVB nemen van jaarlijkse vervolgbesluiten over kinderbijslag, waarbij volautomatisch rekening wordt gehouden met tal van factoren (aantal en leeftijd van de kinderen) die van invloed zijn op de hoogte van het recht op kinderbijslag. Ook uit de Memorie van Toelichting op de UAVG blijkt dat veel (primaire) besluiten volledig geautomatiseerd, dus zonder menselijke tussenkomst, worden genomen.

⁸⁶ Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, 2021.

⁸⁷ Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, 2021, p. 7.

Daarbij gaat het ook om besluiten met rechtsgevolg, die (grote) impact kunnen hebben op de rechtspositie van burgers.⁸⁸

Ondanks de beperkt beschikbare en onvolledige informatie over het gebruik van algoritmen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat in ieder geval *rule based* algoritmen door de overheid op grote schaal worden toegepast. Het is bekend dat de overheid steeds intensiever de mogelijkheden van AI verkent. Niet is echter gebleken dat *unsupervised machine learning* (dus zonder menselijke tussenkomst) en *deep learning* al worden gebruikt voor het nemen van besluiten met rechtsgevolg. Omdat het technisch mogelijk is, kan niet worden uitgesloten dat dit in de nabije toekomst wel zal gebeuren. Dat kan problematisch zijn in termen van verantwoording, transparantie en uitlegbaarheid.

3. De relatie tussen het algoritme en het (voor beroep vatbare) besluit

De mate waarin de inzet van een algoritme de inhoud van een (te nemen) besluit bepaalt, is zeer wisselend. Voor de positie van de bestuursrechter is het nuttig een onderscheid te maken tussen:

1. De situatie waarbij het algoritme de inhoud van het besluit (mede) bepaalt, zonder menselijke tussenkomst
2. Overige situaties, waarbij er een verder verwijderd verband is tussen de inzet van het algoritme en het besluit. Bij deze categorie kan onderscheid worden gemaakt tussen:
 - a. De situatie dat het algoritme alle benodigde informatie levert noodzakelijk voor het nemen van een besluit, maar het besluit zelf wordt genomen na menselijke tussenkomst (*human in the loop*).
 - b. De situatie dat een algoritme informatie levert over een (deel)aspect van het te nemen besluit, zoals het in kaart brengen van geluidscontouren of andere milieuaspecten voorafgaand aan het met menselijke tussenkomst nemen van een bestemmingsplanbesluit of een tracébesluit.

⁸⁸ Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, nr. 3, p. 120 (MvT): 'Voor de uitvoering van de publieke taak, en voor het vervullen van wettelijke verplichtingen is het niet wenselijk om geautomatiseerde besluitvorming geheel te verbinden aan een specifieke wettelijke grondslag. Dit zou een vergaande verstarring van de ontwikkelingen in de uitvoering van de publieke taak betekenen. Wanneer er sprake is van uitoefening van gebonden bevoegdheden, waarbij er daarenboven zeer geringe beoordelingsruimte is, heeft menselijke tussenkomst bij besluitvorming in beginsel geen meerwaarde. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het toekennen van kinderbijslag, het opleggen van een boete in het kader van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv), het bijstellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering op basis van veranderingen in het inkomen van een van de ouders of het zonder menselijke tussenkomst vaststellen van een overtreding van de maximumsnelheid. Dit zijn allemaal besluiten die genomen worden zonder menselijke tussenkomst.'

- c. De situaties dat het algoritme wordt ingezet om verbanden tussen data te beschrijven, te diagnosticeren of om gebeurtenissen te (helpen) voorspellen. De inzet van het algoritme levert informatie op die na nadere bewerking of nader onderzoek, al dan niet in combinatie met gebruik van andere informatie, *kan* leiden tot een bestuursbesluit, maar niet noodzakelijkerwijs. Als een besluit volgt, dan zal de besluitvorming doorgaans gepaard gaan met menselijke tussenkomst.

Ad 1. Het algoritme bepaalt de inhoud van het besluit

Voorbeelden van deze categorie zijn vooral te vinden in de sociale zekerheid, de belastingen, de premieheffing, de studiefinanciering, boeteoplegging vanwege met de camera geregistreeerde (snelheids)overtredingen, en bij (landbouw)subsidies. Dit zijn allemaal voorbeelden van financiële besluiten die op grote schaal worden genomen. Ook bij andersoortige besluiten, zoals – destijds – bij de vergunningverlening onder de Wet natuurbescherming, wordt van automatisering gebruik gemaakt. Het algoritme maakt gebruik van data waarover het overheidsorgaan reeds beschikt, van informatie uit openbare registers, zoals de basisregistraties, van informatie van andere overheidsorganen, en informatie aangereikt door de belanghebbende zelf (in de aanvraag, aangifte, of het verzoek). Als alle benodigde informatie voorhanden is kan het algoritme aan de hand van een reeks opdrachten (beslisregels) uitvoering geven aan het wettelijke of beleidskader en automatisch een besluit of vervolgbesluit nemen.

Ad 2. Het algoritme adviseert, de mens neemt het besluit

Uit de door TNO opgestelde lijst met voorbeelden van de inzet van algoritmen blijkt dat de meeste algoritmen worden ingezet voor inspectie, handhaving en opsporing van strafbare feiten en het voorkomen of tegengaan van misbruik van wettelijke voorzieningen. Zoals gezegd wisselt de ‘afstand’ tussen enerzijds de inzet van het algoritme en anderzijds het nemen van een voor beroep vatbaar besluit sterk. Sommige algoritmen zijn (nog) niet operationeel, maar worden ingezet in ‘pilots’ om meer ervaring en kennis op te doen. Dergelijke algoritmen leiden niet tot een Awb-besluit. Bij andere algoritmen is dat wel het geval, maar na menselijke tussenkomst. Onderstaande voorbeelden zijn afkomstig uit het TNO-rapport:

- Het project ‘waterproof’, waarbij adresfraude wordt opgespoord door het waterverbruik per woning of adres via een algoritme te koppelen aan door Wwb-cliënten opgegeven adressen. Als blijkt van (ongemeld) samenwonen, kan dit leiden tot korting of intrekking van uitkering op grond van de Wet werk en bijstand (Wwb, nu Participatiewet). Dit is een Awb-besluit, met de mogelijkheid van bezwaar bij het college van B&W en daarna beroep op de rechtbank en hoger beroep bij de CRvB.

- Het project 'schoon schip', waarbij door middel van een algoritme de gegevens van personen met een Amsterdams adres in de polisadministratie van het UWV worden vergeleken met hun gba-gegevens. Dit kan leiden tot wijziging van (persoons)gegevens in de gemeentelijke basisadministratie (gba, nu Basisadministratie Persoonsgegevens en Reisdocumenten (BPR)). Tegen een dergelijk B&W-besluit kan bezwaar worden gemaakt en nadien beroep worden ingesteld bij de rechtbank en hoger beroep bij de ABRvS.
- Het 'organized crime field lab' betreft een samenwerking van de Financial Intelligence Unit Nederland, de Nationale Politie, het Openbaar Ministerie, de gemeente Amsterdam en Rotterdam, de Belastingdienst, de FIOD en het ISZW. Binnen deze samenwerking worden vergunningsaanvragen van horeca ondernemers getoetst aan de Bibob-regelgeving door het met gebruik van algoritmen koppelen van data. Dit kan uitmonden in een besluit tot weigering van de gevraagde horecavergunning door de burgemeester of het college van B&W, waartegen op grond van de Awb bezwaar kan worden gemaakt en vervolgens beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank en hoger beroep bij de ABRvS.
- Het Schengen informatie systeem II (SIS II) bevat een verzameling van digitale zwarte lijsten van onder meer criminelen, gestolen paspoorten, en van personen die de toegang tot de EU geweigerd moet worden. Gebruik van deze applicatie bij grenscontrole of staandehouding kan leiden tot weigering van toegang tot Nederland, tot uitzetting, of tot weigering van een aangevraagde verblijfstitel. Dit zijn allemaal besluiten waartegen in bezwaar, beroep (rechtbank) en hoger beroep (ABRvS) kan worden opgekomen.
- De IND voert in samenwerking met TNO en een software-ontwikkelaar een project uit op het gebied van beeldherkenning. Dit betreft het herkennen van stempels en handtekeningen op buitenlandse brondocumenten, zoals geboortebewijzen of huwelijksakten. Het systeem moet een waarschijnlijkheidsoordeel geven over de echtheid van deze documenten. Momenteel worden jaarlijks ongeveer 50.000 brondocumenten handmatig op echtheid onderzocht. Dit is tijdrovend. In dit project worden technieken voor beeldanalyse en beeldherkenning (*machine learning* en *image recognition*) ontwikkeld en ingezet bij het valideren van documenten, waarbij algoritmen en AI echt van niet-echt onderscheiden. Deze nieuwe vorm van documentvalidatie kan leiden tot het besluit tot weigering van een verblijfstitel door de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, waartegen in bezwaar en in beroep (rechtbank) en hoger beroep (ABRvS) kan worden opgekomen.⁸⁹
- In het project 'logeerfraude' of 'woonfraude' van de gemeente Amsterdam worden gegevens van Airbnb-overnachtingen gekoppeld aan data uit politiedossiers en van woningcorporaties over concrete meldingen

⁸⁹ Zie over dit specifieke project ook de kamerbrief van 19 december 2018 over 'Artificiële intelligentie en algoritmen in de rechtspleging', *Kamerstukken I* 2018/19, 34775-VI, AH.

van overlast. Deze koppeling kan leiden tot strafrechtelijk optreden, tot civiel optreden door een verhuurder (corporatie) via een vordering tot ontruiming, maar ook tot bestuursrechtelijk optreden, bijvoorbeeld een last onder dwangsom of het opleggen van een boete op grond van de (Amsterdamse) huisvestingsverordening, beide besluiten van het college van B&W, waartegen bezwaar en (hoger) beroep open staat bij achtereenvolgens B&W, de rechtbank en de ABRvS.⁹⁰

- Het project 'Smartbox' van het UWV, de SVB, de Belastingdienst, DUO, Justid, het CJIB en de RDW. Doel van dit project is het door het koppelen van verschillende databestanden signaleren van (mogelijke) fraude.⁹¹ Dit kan leiden tot Awb-besluiten van verschillende bestuursorganen, met de mogelijkheid van (hoger) beroep bij verschillende rechterlijke instanties (de sociale zekerheidsrechter, belastingrechter of strafrechter).
- Niet door TNO genoemd, maar wel vermeldenswaard is dat bij ruimtelijke projecten, zoals de aanleg of verbreding van een weg, de gevolgen voor de geluidsbelasting en luchtkwaliteit vaak mede bepaald wordt aan de hand van digitale systemen, waarna de uiteindelijke afweging over het project, mede aan de hand van de digitale uitkomsten, wordt gemaakt door een mens. In een procedure bij de bestuursrechter kan deze digitale ondersteuning bij besluiten voorwerp zijn van het debat.⁹²

De voorbeelden laten zien dat de inzet van algoritmen leidt of kan leiden tot een besluit van een bestuursorgaan in een individueel geval, met andere woorden tot een 'beschikking' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. In dat geval kan daartegen – na een voorprocedure bij het bestuursorgaan – (hoger) beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld. De bestuursrechter heeft als primaire taak het verlenen van rechtsbescherming aan burgers die in (hoger) beroep opkomen tegen overheidsbesluiten, ook als die tot stand zijn gekomen met gebruik van algoritmen. Daaraan gaat echter de vraag vooraf of de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over algoritmische besluitvorming door de overheid. Kortom: is er toegang tot de bestuursrechter?

90 Zie <https://www.winnovatie.nl/innovatie/de-digitale-gracht>.

91 Dit type algoritmische bestandskoppeling vertoont verwantschap met de Systeem Risico Indicatie uit de Wet SyRI en met koppelingen die mogelijk worden onder de Wet Gegevensverwerking door Samenwerkingsverbanden (WGS). Met de WGS wordt voorzien in een juridische grondslag om persoonsgegevens systematisch te delen en te verwerken, waaronder door profilering.

92 Zie nader R. Uylenburg, 'Rechterlijke toetsing van digitale besluiten in het omgevingsrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Wolters Kluwer 2019, p. 760 e.v. en R. Benhadi, 'Geautomatiseerde besluitvorming in het omgevingsrecht', *STAB* 2017/3, p. 7-16.

4. De toegang tot de (bestuurs)rechter

4.1 Bestuursorgaan, besluit en belanghebbende

De armslag van de bestuursrechter is niet voor iedereen duidelijk. Daarom hieronder een korte uiteenzetting over de bevoegdheid van de bestuursrechter in relatie tot algoritmische besluitvorming. Daarbij spelen de drie B's een bepalende rol: bestuursorgaan, besluit en belanghebbende.

Er bestaat geen algemeen bruikbare rechtsgang voor alle gevallen waarin de overheid algoritmen toepast. Als de toepassing van algoritme en AI leidt tot een 'besluit' in de zin van de Awb, dan kan de burger tegen dat besluit – vaak nadat eerst een bezwaarprocedure bij het bestuursorgaan is doorlopen – beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter instellen. Een 'besluit' in deze juridisch-technische zin is een 'schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling' (art. 1:3, eerste lid Awb). Echter niet tegen alle besluiten in de zin van de Awb kan beroep op de bestuursrechter worden ingesteld. Dezelfde Awb regelt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen wetten in formele zin, andere algemeen verbindende voorschriften (wetten in materiële zin) en beleidsregels. Ook kan geen beroep worden ingesteld tegen feitelijke handelingen. De beslissing om een algoritme te hanteren bij overheidsbesluitvorming is wel een beslissing, maar wordt niet als besluit in de zin van de Awb aangemerkt.⁹³ Daartegen is dus niet rechtstreeks bezwaar of (hoger) beroep mogelijk. Dat betekent dat de bestuursrechter niet bevoegd is daarover te oordelen. Als een burger de rechtmatigheid van die inzet aan de kaak wil stellen, dan kan daarover een procedure worden gestart bij de burgerlijke rechter.

Een volgende beperking is gelegen in de eis dat alleen belanghebbenden beroep kunnen instellen. Belanghebbenden zijn (rechts)personen wier belangen rechtstreeks bij het besluit zijn betrokken (artikel 1:2 Awb). De meeste besluiten hebben rechtsgevolg ten aanzien één (rechts)persoon, bijvoorbeeld een boete, een belastingaanslag, een toekenning van uitkering of een besluit tot terugvordering. Ook als die besluiten tot stand zijn gekomen met de inzet van algoritmen of AI en andere (rechts)personen daardoor geraakt (kunnen) worden, betekent dat niet dat anderen dan de geadresseerden van het besluit daartegen in bezwaar en beroep kunnen. Andere burgers en belangenorganisaties die opkomen voor een algemeen of collectief belang, zoals privacybescherming, non-discriminatie of fatsoenlijk gebruik van AI, zullen bij de burgerlijke rechter

⁹³ De vraag kan worden gesteld of de beslissing van een bestuursorgaan om een algoritme of AI met een bepaalde set aan beslisregels in te zetten bij het voorbereiden en of nemen van een besluit aangemerkt kan worden als een beleidsregel. Deze vraag is in de rechtspraak niet of nog niet beantwoord. Maar ook als deze beslissing wordt aangemerkt als een beleidsregel, volgt uit de Awb dat daartegen geen bezwaar of beroep mogelijk is.

moeten procederen. Dergelijke belangenorganisaties beroepen zich in procedures bij de burgerlijke rechter vaak op de schending van fundamentele rechten van hun 'achterban'. Bij de burgerlijke rechter is het geschil niet beperkt tot een concreet besluit. Het kan gaan over een samenstel van overheidshandelingen, wetgeving⁹⁴, beleidsregels, en feitelijk handelen of nalaten. Daarom kan een belangenorganisatie die opkomt voor privacybelangen bij de burgerlijke rechter procederen over gebreken in geautomatiseerde besluitvorming, los van de concrete besluiten waarin die besluitvorming resulteert. Maar de burgerlijke rechter kan geen oordeel geven over de (on)rechtmatigheid van één of meer individuele beschikkingen; dat oordeel is voorbehouden aan de bestuursrechter. Niet uitgesloten is dat over hetzelfde algoritme bij twee verschillende rechters wordt geprocedeerd; door de belanghebbende bij de bestuursrechter en door andere benadeelden bij de burgerlijke rechter.

4.2 Enkele complicaties bij de toegang tot de bestuursrechter

De bestuursrechter kan dus niet in alle gevallen rechtsbescherming verlenen bij algoritmische besluitvorming. Hieronder zijn enkele situaties uitgewerkt:

- *De fout die steeds wordt herhaald.* Een burger kan geconfronteerd worden met een fout gegeven in een besluit. Dat kan hij gecorrigeerd krijgen door dat besluit aan te vechten. Maar omdat besluiten op elkaar kunnen voortbouwen en bestuursorganen gegevens van elkaar (moeten) overnemen, kan diezelfde fout telkens terugkomen in overheidsbesluiten, die allemaal dezelfde fout bevatten. De burger wordt gedwongen tegen al die besluiten apart bezwaar en beroep in te stellen. Als hij een besluit niet aanvecht, dan krijgt dat besluit formele rechtskracht en kan de bestuursrechter er niet meer aankomen. De bestuursrechter kan een besluit met een fout vernietigen, maar kan niet in één procedure een 'totaaloplossing' bereiken, bijvoorbeeld door een bestuursorgaan de opdracht te geven de fout in alle databestanden en alle besluiten waarin diezelfde fout voorkomt te herstellen.
- *De beslissing om een algoritme te gaan gebruiken is een feitelijke handeling en geen Awb-besluit.* De beslissing van een overheidsinstelling om een algoritme te gaan gebruiken, is op zichzelf geen voor beroep vatbaar besluit. Die beslissing is er immers niet op gericht om rechten en plichten in het leven te roepen. Dit heeft tot gevolg dat een burger bij de bestuursrechter niet rechtstreeks in beroep kan gaan tegen de beslissing van een overheidsinstelling om algoritmes te gaan gebruiken en tegen het feitelijk gebruik van dat algoritme. Ook niet als dat gebruik leidt tot aantasting van bijvoorbeeld het recht op privacy, schending van de AVG of tot verboden discriminatie.
- *Het algoritme deugt niet, maar het besluit wel.* Stel dat het gebruik van

⁹⁴ Zie als voorbeeld de uitspraak van de rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, over het Systeem Risicoindicatie (SyRI) verankerd in een formele wet (de Wet SUWI).

een algoritme op een dataset leidt tot discriminerende ongelijke behandeling. Als die ongelijke behandeling zich vertaalt in een fout besluit, dan kan de bestuursrechter rechtsbescherming bieden. Maar als de eiser of appellant niet tot de gediscrimineerde groep behoort en het besluit deugt, dan staat de bestuursrechter ten aanzien van de ongelijke behandeling met lege handen.

- *Algemeen belang versus individueel belang.* Belangenorganisaties die een algemeen belang behartigen, bijvoorbeeld privacybescherming, kunnen bij de bestuursrechter alleen opkomen tegen een besluit, als dat algemene belang rechtstreeks is betrokken bij de gevolgen van dat besluit. Dat is niet het geval als het (dictum van het) besluit één persoon raakt, bijvoorbeeld een intrekking van een uitkering. Dan is in beginsel alleen de persoon om wiens uitkering het gaat belanghebbende en kan alleen die persoon beroep bij de bestuursrechter instellen. Ook als dat besluit is voorbereid met gebruikmaking van een algoritme dat de privacybelangen van alle uitkeringsgerechtigden kan raken. De mogelijkheden voor dergelijke organisaties bij de bestuursrechter zijn dus beperkt.

4.3 Complexe rechtsmachtverdeling

Ons stelsel van rechtsbescherming is complex. De verdeling van bevoegdheden tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter is voor ingewijden te volgen, maar voor veel gewone burgers niet. Vanuit het perspectief van de burger en diens wens om laagdrempelige rechtsbescherming te genieten, zou het goed zijn dat hij bij één rechter terecht kan als algoritmen worden ingezet door bestuursorganen binnen de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en ter voorbereiding van voor beroep vatbare besluiten. Bij de huidige stand van zaken zal een burger onder omstandigheden twee procedures moeten voeren: één bij de bestuursrechter tegen het besluit en één bij de burgerlijke rechter tegen het feitelijke gebruik van het algoritme dat aan dat besluit vooraf gaat. De mogelijkheden van de bestuursrechter om het besluitbegrip zo in te vullen of 'op te rekken' dat hij de gewenste rechtsbescherming kan verlenen, zijn beperkt.

5. Algoritmische besluitvorming en de gereedschapskist van de bestuursrechter

Het systeem van rechtsbescherming in de Awb, met besluitmodel en vernietigingsberoep, kent dus beperkingen. Deze zien zowel op vraag welke overheids-handeling aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd als op de vraag wie daartegen kan opkomen. Niet alleen de rechtsmacht van de bestuursrechter is verknoopt met een voor beroep vatbaar besluit, die verknooptheid werkt door bij de vraag wat de bestuursrechter voor burgers kan betekenen als hij stuit op een 'fout' besluit. De bestuursrechter heeft op grond van de Awb een beperkt aantal uitspraakmogelijkheden.

5.1 Uitspraakbevoegdheden

Hiervoor kwam al aan de orde dat de bevoegdheid van de bestuursrechter om te oordelen over feitelijke inzet van algoritmen beperkt is. Die beperking werkt ook door in de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter.

Als het besluit is genomen in strijd met de relevante rechtsregels dan strekt de uitspraak tot gegrondverklaring van het beroep en gehele of gedeeltelijke vernietiging van het besluit (zie de artikelen 8:70 en 8:72, eerste lid, van de Awb). Doorgaans moet het bestuursorgaan dan een nieuw besluit nemen; de bestuursrechter kan daartoe een opdracht geven en daaraan een termijn verbinden, zonodig versterkt met een dwangsom (zie artikel 8:72, vierde lid, van de Awb). De bestuursrechter kan in bepaalde gevallen het gebrek in het besluit passeren of zelf een vervangend besluit nemen.⁹⁵

Het is denkbaar dat de fout niet zozeer in het besluit zelf zit, maar in het gebruik van een algoritme op een bepaalde dataset bij de voorbereiding van een besluit. Als dat gebruik tot discriminerende resultaten leidt of om andere redenen niet kan worden geaccepteerd vanwege strijd met grondrechten (het recht op privacy bijvoorbeeld), dan kan de bestuursrechter dat gebruik en de inzet van het algoritme niet onrechtmatig verklaren. Het gebruik, de inzet van het algoritme, betreft namelijk feitelijk handelen, waarover de bestuursrechter in beginsel niet kan oordelen. Evenmin kan hij de opdracht geven per direct op te houden met dat gebruik of bepalen dat het gebruik dat er in het verleden van werd gemaakt, onrechtmatig is.

Anders dan de burgerlijke rechter kan de bestuursrechter een bepaalde feitelijke handelwijze van het bestuursorgaan dus niet onrechtmatig verklaren en evenmin een verbod of gebod uitspreken. Als het gebruik van het algoritme rechtstreeks heeft geleid tot het besluit, dus volledig geautomatiseerd, dan kan de bestuursrechter dat besluit vernietigen, bijvoorbeeld wegens een onzorgvuldige voorbereiding. Als de bestuursrechter het besluit om die reden vernietigt, dan zal dat mogelijk bijdragen aan het stopzetten van het gebruik van het algoritme door de overheid. Maar de bestuursrechter kan dat niet rechtstreeks afdwingen door het opleggen van een verbod versterkt met een dwangsom, omdat het bestuursprocesrecht hem die mogelijkheid niet geeft.

De vraag of de gereedschapskist van de bestuursrechter op deze punten aanvulling behoeft, ligt rechtstreeks in het verlengde van de meer principiële discussie over de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter

⁹⁵ Zie artikel 6:22 en 8:72, lid 3a Awb voor het passeren van gebreken en 8:72, lid 3b Awb voor het zelf in de zaak voorzien.

tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.⁹⁶ De centrale vraag: is het wenselijk de bestuursrechter (ook) de bevoegdheid toe te kennen feitelijk handelen van de overheid binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking op rechtmatigheid te toetsen, ook als dat feitelijk handelen niet is verknoopt met een nadien genomen voor beroep vatbaar besluit? De keuze is aan de wetgever. Als deze stap wordt gezet dan biedt dat de bestuursrechter meer mogelijkheden om inhoud te geven aan zijn opdracht rechtsbescherming te verlenen.

5.2 De benodigde kennis en de inzet van deskundigen

In het bestuursproces nemen burgers en bedrijven het op tegen (een besluit van) de overheid. De overheid is een krachtige en machtige (tegen)partij voor burgers. Zowel wat betreft kennis en ervaring, de mogelijkheid de regie te bepalen bij vervolg- en herstelbesluitvorming, de onuitputtelijke financiële mogelijkheden, de mogelijkheid (door) te procederen en de mogelijkheid (externe) deskundigen te betrekken bij zowel de voorbereiding van een besluit als bij de procesvoering. Het verschil in positie tussen burger en overheid uit zich ook in het procesrecht van de Awb. De verhouding tussen de procespartijen kan worden verstoord als het bestuursorgaan zich laat vertegenwoordigen door advocaten en de burger voor zichzelf moet opkomen, zonder te worden bijgestaan door een advocaat of een andere professionele rechtshulpverlener. Het is dan aan de bestuursrechter om ervoor te zorgen dat de burger – ondanks die ongelijkheid in positie – een eerlijk proces (*fair trial*) krijgt, om de gelijkwaardigheid van partijen in het proces te bewaken (*equality of arms*) en zo nodig de burger de helpende hand toe te steken. Dit wordt wel ongelijkheidscompensatie genoemd. Die helpende hand kan bestaan uit het luisteren en begrijpen van de burger om te weten waar voor hem de schoen wringt, om het verhaal van de burger te herformuleren en te ‘vertalen’ in juridische argumenten, in het verschaffen van relevante procesinformatie, in het kritisch bevragen van het bestuursorgaan, en in het aanvullen van de feiten (art. 8:69, derde lid Awb) om een zo goed mogelijk zicht te krijgen op al hetgeen relevant is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit in het licht van hetgeen daartegen is ingebracht.

Bestuursorganen bedienen zich bij ingewikkelde zaken, zoals in het omgevingsrecht maar ook op andere deelterreinen van het bestuursrecht, veelvuldig van deskundigen. Het is niet ongebruikelijk dat aan besluiten rapporten van verschillende deskundigen ten grondslag liggen. Dat is even noodzakelijk als onvermijdelijk. Zonder de inzet van die deskundigen kan het bestuursorgaan het verwijt treffen de feiten niet voldoende te hebben onderzocht. Tegelijk

⁹⁶ Zie onder meer B.J. van Ettekooven en A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure* (NJV-pleadviezen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 152 e.v.; F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridisch 2013.

levert die inzet van deskundigen aan de zijde van de overheid wel een probleem op voor burgers die een overheidsbesluit, dat (mede) is gebaseerd op bevindingen van deskundigen, willen bestrijden. Vaak hebben zij zelf niet de benodigde kennis om het deskundigenoordeel te betwisten en missen zij de financiële middelen om een tegenonderzoek te laten uitvoeren.

Als de bestuursrechter twijfelt aan de zorgvuldige onderbouwing van een besluit of als hij reden ziet aan ongelijkheidscompensatie te doen, dan kan hij zelf een deskundige inschakelen. Voor geschillen in het omgevingsrecht kunnen bestuursrechters een beroep doen op de Stichting advisering bestuursrechtspraak (STAB). De STAB doet onafhankelijk onderzoek naar de relevante documenten, bezoekt de locatie en hoort partijen en brengt dan een advies uit aan de rechter. Deze hulplijn wordt door burgers doorgaans als positief ervaren. Ook in het socialezekerheidsrecht schakelt de bestuursrechter zelf onafhankelijke (medisch) deskundigen in. De bestuursrechters schakelen in een relatief (zeer) gering deel van de (hoger)beroepszaken zelf een deskundige in. Maar als het gebeurt, heeft dat niet zelden een beslissende uitkomst voor het partijengeskil.

De kennis van de bestuursrechter over data(gebruik), algoritmen en AI is beperkt, net zoals diens kennis over bepaalde technische milieuaspecten per definitie beperkt is. Rechters zijn juristen. Van rechters mag worden verwacht dat zij een bepaalde basiskennis hebben over de materie waarover zij moeten oordelen; ze moeten in ieder geval in staat zijn de juiste vragen te stellen. Maar (bestuurs)rechters zijn geen technische experts. Dat betekent dat rechters soms moeten terugvallen op het deskundig oordeel van anderen. Allereerst de deskundigen die door partijen zijn ingeschakeld. Maar als die deskundigen verdeeld zijn of de rechter twijfelt aan de compleetheid, zorgvuldigheid of juistheid van een deskundigenrapportage dan is inschakeling van andere deskundigen noodzakelijk. Dat kan door een beroep te doen op:

- a. (extra) deskundigheid binnen eigen gelederen met de inzet van een gespecialiseerde rechter-plaatsvervangers;
- b. een onafhankelijke forensisch deskundige, die de rechter adviseert;
- c. de *amicus curiae*;
- d. de special advocate.

Ad a. de gespecialiseerde rechter-plaatsvervanger

De Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging maakt het binnenkort mogelijk om aan een enkel- of meervoudige kamer toe te voegen een persoon, niet zijnde rechterlijk ambtenaar, als deskundig lid.⁹⁷ Dat kan ook een deskundige zijn op het gebied van data, algoritmen en AI. De deskundige kan als extra rechter een belangrijke rol spelen:

- in het vooronderzoek, door behulpzaam te zijn bij de vraagstelling aan partijen of aan anderen dan partijen;
- op de zitting, door de juiste vragen te stellen aan partijen en eventuele aanwezige deskundigen;
- in raadkamer door zijn of haar deskundige mening te geven over de op de zaak betrekking hebbende stukken, de opgevraagde (extra) informatie en het verhandelde ter zitting.

De Tijdelijke Experimentenwet is op dit moment alleen nog van toepassing op de procedure bij de burgerlijke rechter. Gelet op de functie die de deskundige kan vervullen, ook bij het inhoud geven aan ongelijkheidscompensatie, en op de doelstelling van de wet (het bevorderen van eenvoudige, snelle, effectieve en de-escalerende geschilbeslechting) zou de wetgever kunnen overwegen om de reikwijdte van de wet te verbreden tot het bestuurs(proces)recht.⁹⁸

Ad b. de forensisch deskundige

Als het gaat om specifieke kennis van data, algoritmen en AI kan de bestuursrechter op dit moment niet terecht bij de STAB. Deze stichting biedt de mogelijkheid van deskundigenonderzoek op het brede terrein van het omgevingsrecht, ruimtelijke ordening en milieu, en (plan)schade en nadeelcompensatie in verband met ruimtelijke besluiten. Nu wordt juist op het terrein van het omgevingsrecht soms wel gebruik gemaakt van computermodellen, bijvoorbeeld in het kader van het gebruik van geluidverkaveling. Daar kan de STAB zich over uitlaten, en dat doet zij in de praktijk ook al. Een volgende stap zou kunnen bestaan uit de verbreding van het werkgebied van de STAB tot algoritmische besluitvorming in brede zin, zodat de bestuursrechter kan terugvallen op onafhankelijk, extern deskundigenonderzoek op het gebied van data, algoritmen en AI. Omdat niet alleen de bestuursrechter de noodzaak zal kunnen voelen een deskundige in te schakelen op het gebied van data, algoritmen en AI, maar dit ook geldt voor de burgerlijke rechter en de strafrechter,

⁹⁷ Artikel 5 Tijdelijke Experimentenwet rechtspleging, *Stb.* 2020, 223. De TER zal naar verwachting in 2021 in werking treden.

⁹⁸ De ABRvS heeft hiervoor aandacht gevraagd in het kader van de consultatie bij de totstandkoming van de Tijdelijke experimentenwet rechtspleging (<https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/experimentenwet/>) en bij de consultatie over de bijbehorende amvb (<https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/tijdelijke-experimentenwet-rechtspleging/>).

is het de moeite waard te verkennen of kan worden voorzien in een pool van deskundigen waar alle rechters terecht kunnen als zij worden geconfronteerd met geschillen over de inzet van data, algoritmen en AI door de overheid.

Bestuursrechters kunnen ook buiten de STAB om deskundigen inschakelen op de voet van artikel 8:47 Awb. Omdat die deskundigen bekend moeten zijn met de beginselen van het rapporteren in een gerechtelijke procedure (forensische rapportage) komen in beginsel alleen deskundigen die zijn geregistreerd bij de NRGD of het LRGD voor inschakeling in aanmerking. Het aantal geregistreerde deskundigen op het gebied van data (verzameling, gebruik, analyse), algoritmen en AI is echter beperkt. Er is sprake van schaarste, die mogelijk samenhangt met het feit dat veel deskundigen al zijn gelieerd aan bepaalde organisaties en daarom niet als onafhankelijk forensisch deskundige kunnen worden ingeschakeld. Dat is een reden te meer om ervoor te zorgen dat de rechter op dit gebied desgewenst een beroep kan op onafhankelijke deskundigen, zoals data-analisten en IT-experts.

Ad c. de amicus curiae

Veel kennis over data, algoritmen en AI is aanwezig bij private organisaties en ngo's. Het belanghebbendebegrip in de Awb staat er veelal aan in de weg dat zij zelf tegen een besluit (hoger) beroep instellen. Zij zullen doorgaans niet een rechtstreeks belang hebben bij het betreffende – aan een burger gerichte – besluit. Het staat niet-gouvernementele organisatie (ngo's) vrij de burger van advies te dienen, al dan niet in een bestuursrechtelijke procedure. Bij een ngo werkzame personen treden soms op als gemachtigde van de burger in de procedure bij de bestuursrechter. Veel burgers brengen het echter niet op om tegen de overheid te procederen. Zonder rechtsbijstand is het lastig een procedure tot een goed einde te brengen, nog los van de kennis die nodig is om gerichte klachten te formuleren tegen de inzet van algoritmen en AI door de overheid. Dit roept de vraag op of de toegang tot de bestuursrechter niet moet worden uitgebreid om het noodzakelijke tegenwicht te bieden tegen de machtige positie van de overheid in het proces bij de bestuursrechter.

Hierbij valt te denken aan verschillende mogelijkheden. Ten eerste kan worden gedacht aan verruiming van het belanghebbendebegrip, zodat ngo's zelfstandig kunnen opkomen tegen bestuursbesluiten die zijn voorbereid of genomen met inzet van algoritmen of AI. Een dergelijke verruiming zal echter niet alleen betekenis hebben voor algoritmische besluitvorming, maar op veel ruimere schaal de poorten naar de bestuursrechter openen. Dit vergt een meer principiële afweging, die aan de wetgever is voorbehouden.

De wetgever kan verder bepaalde organisaties aanmerken als 'amicus curiae' en hen het recht geven spontaan of op verzoek van de bestuursrechter schriftelijke opmerkingen te maken. Als voorbeeld kan dienen de mogelijkheid

die de Awb biedt voor de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt om te participeren in de procedure bij de bestuursrechter als het gaat om de toepassing van mededingingsregels.⁹⁹ Dit roept de vraag op welke organisatie(s) in aanmerking komen om deze bevoorrechte positie te bekleden als het gaat om de inzet van algoritmen in het publieke domein. Gaat het om de verwerking van persoonsgegevens, dan kan gedacht worden aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), net als de ACM een nationale toezichthouder. Uiteraard kan dat niet als de AP in de betreffende procedure optreedt als procespartij, bijvoorbeeld omdat (hoger) beroep is ingesteld tegen een door de AP opgelegde boete. Voor zover het betreft de verwerking van financiële gegevens kan worden gedacht aan De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM), beide toezichthouder met een bij wet geregelde publieke taak. Ook kan worden gedacht aan het Agentschap Telecom, dat voor zichzelf de rol van digitale autoriteit ziet weggelegd.

Medio 2021 krijgt de bestuursrechter zelf ook een extra mogelijkheid om deskundige ngo's te betrekken bij de procedure. Op grond van artikel 8:12b Awb kan hij anderen dan partijen uitnodigen om als 'amici curiae' opmerkingen in te dienen als in een concrete zaak meer algemene aspecten van algoritmische besluitvorming aan de orde zijn,¹⁰⁰ zoals herkomst, betrouwbaarheid, geschiktheid en representativiteit van data, methode(n) van data-analyse, transparantie en uitlegbaarheid van data en algoritme, waarborgen tegen onjuiste uitkomsten en schending van (grond)rechten. Naast genoemde toezichthouders zou dan ook kunnen worden gedacht aan het uitnodigen van particuliere organisaties als de Consumentenbond¹⁰¹, Privacy First¹⁰², Bits of Freedom¹⁰³, AlgorithmWatch¹⁰⁴, ALLAI¹⁰⁵ en de Kafkabrigade.¹⁰⁶

99 Artikel 15, derde lid, van de Verordening (EG) nr. 1/2003 (de Verordening) bepaalt dat de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten desgewenst uit eigen beweging opmerkingen kunnen maken bij nationale rechterlijke instanties in zaken waarin zij zelf geen partij zijn en die de toepassing van (thans) de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) betreffen. Deze bevoegdheid van de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt (ACM) wordt ook wel genoemd de bevoegdheid om als "amicus curiae" op te treden en is voor het bestuursprocesrecht neergelegd in artikel 8:45a Awb.

100 Artikel 8:12b, eerste lid Awb luidt: 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen in zaken die bij hun college in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, anderen dan partijen in de gelegenheid stellen binnen een door het college te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.' Deze wet (Stb. 2020, 416) zal naar verwachting medio 2021 in werking treden.

101 www.consumentenbond.nl.

102 www.privacyfirst.nl.

103 www.bitsoffreedom.nl.

104 www.algorithmwatch.org.

105 www.allai.nl.

106 www.kafkabrigade.org.

Ad d. de special advocate

In het rapport *De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data* wordt nog als optie gemeld de inzet van een *special advocate*. De schrijvers vermelden dat bij zaken over 'Big Data' het proces van data verzamelen, analyseren en vervolgens gebruiken vaak niet transparant is, maar ook niet volledig transparant kan zijn:

*'Als een inlichtingendienst, de politie of de Belastingdienst in detail bekend zouden maken hoe zij te werk gaan, dan zouden potentiële criminelen en fraudeurs daarmee rekening kunnen houden. In gevallen waarin de overheid een legitiem beroep doet op geheimhouding in het algemeen belang, bijvoorbeeld uit het oogpunt van nationale veiligheid, waardoor een burger in het strafrecht of het bestuursrecht geen toegang krijgt tot informatie die ten grondslag ligt aan zijn strafzaak of een hem betreffend besluit, kan een oplossing worden gevonden in de introductie van een 'special advocate'. Deze advocaat kan namens de burger de algoritmen, data en onderliggende stukken inzien en de verdediging daaromtrent voeren, maar is tegelijkertijd gehouden aan geheimhouding en deelt deze informatie niet met de burger of anderen.'*¹⁰⁷

Deze figuur vertoont gelijkenis met een in de Awb al bekende *special advocate*, namelijk de gemachtigde die advocaat of arts is en van de bestuursrechter de bijzondere toestemming heeft gekregen kennis te nemen van bepaalde stukken, die de belanghebbende partij zelf niet mag inzien, omdat kennisneming haar lichamelijke of geestelijke gezondheid zou kunnen schaden.¹⁰⁸ Uit oogpunt van transparantie en *equality of arms* is de figuur van de *special advocate* echter niet optimaal.

6. Normering

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag welke (wettelijke) spelregels in de praktijk worden gehanteerd om inhoud te kunnen geven aan rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming. Normering is zowel voor publieke als private inzet van algoritmen van belang. Bij het gebruik van algoritmen door de *overheid* zijn waarborgen echter in het bijzonder van belang. Van de overheid mag immers worden verlangd dat zij kan toelichten

¹⁰⁷ B. van der Sloot en S. van Schendel, *De modernisering van het Nederlands procesrecht in het licht van big data*, Universiteit van Tilburg – TILT 2019, p. 162.

¹⁰⁸ Zie artikel 8:32, lid 1 Awb. Zie ook artikel 22a, derde lid, Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering: 'De rechter kan, indien kennisneming van stukken door een partij de bescherming van een bedrijfsgeheim als bedoeld in artikel 1 van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen onevenredig zou schaden, bepalen dat deze kennisneming is voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat is dan wel daarvoor van de rechter bijzondere toestemming heeft gekregen. Artikel 1019ib, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.'

waarom (juist) het gebruik van algoritmen geboden was om het algemeen belang te behartigen en toe te lichten of er – mede in het licht van het evenredigheidsbeginsel – geen andere manieren waren om hetzelfde doel te bereiken. Relevant is verder dat de burger, anders dan wanneer een private partij algoritmes gebruikt, niet kan kiezen voor ‘niet-algorithmische besluitvorming’. Dat maakt het bovendien, meer dan in het privaatrecht, van belang dat burgers beschikken over reële rechtsbeschermingsmogelijkheden, of die nu bestaan uit een bezwaar- of beroepsprocedure, of door de mogelijkheid een ‘stopknop’ te gebruiken.¹⁰⁹

In deze paragraaf komt op hoofdlijnen aan de orde wat wetgever, bestuur en bestuursrechter tot nu toe aan regels hebben gesteld. Op enkele plaatsen komt regelgeving uit het buitenland aan de orde.

6.1 Normenkaders: de wetgever

Materiële normstelling zou als eerste mogen worden verwacht van de wetgever. Toch is er – ook wereldwijd – weinig wetgeving die regels stelt aan de inzet van algoritmen en AI, bijvoorbeeld in het kader van het gebruik van zelfrijdende auto's of gezichtsherkenning. Dat is overigens goed verklaarbaar. De wetgever zal niet snel ingrijpen wanneer hij niet exact weet hoe nieuwe technologie het leven van burgers zal beïnvloeden. De ‘wait and see’-benadering van veel landen¹¹⁰ zien we ook terug in Nederland, waarbij is gekozen voor: ‘een lerende aanpak waarbij in eerste instantie richtlijnen worden ontwikkeld waarmee geëxperimenteerd kan worden en die flexibel kunnen worden aangepast aan de technologische ontwikkelingen en de ervaringen die ermee worden opgedaan. Met deze ervaringen kan vervolgens rekening worden gehouden bij het ontwikkelen van mogelijke wettelijke waarborgen.’¹¹¹

Er zijn in Nederland nog geen afdwingbare wettelijke normen over algorithmische besluitvorming, met één wezenlijke uitzondering: de regels uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Deze wet normeert echter niet zozeer het gebruik van algoritmen en AI als zodanig, als wel het fenomeen waarzonder AI geen bestaansrecht zou hebben: de vergaring van data, in het bijzonder voor zover die betrekking hebben op persoonsgegevens. Hoewel het terrein van de AVG buiten het bestek van deze publicatie valt, moet deze toch kort worden genoemd, omdat de AVG en de toelichting daarbij een aantal principes noemen die in het debat over de normering van algoritmen en AI vaak terugkeren: transparantie, uitlegbaarheid en verantwoording (*algorithmic accountability*). De AVG noemt het transparantiebeginsel

¹⁰⁹ Nationale Ombudsman, *Een burger is geen dataset*, p. 11.

¹¹⁰ Zie het rapport *Worldwide AI Laws and Regulations* van het onderzoeksbureau Cognilytica, februari 2020.

¹¹¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 26643, nr. 682, p. 5.

weliswaar niet zelf, maar de toelichting bij de AVG maakt duidelijk dat informatie en communicatie in verband met de verwerking van persoonsgegevens eenvoudig toegankelijk en begrijpelijk moet zijn, en dat duidelijke en eenvoudige taal moet worden gebruikt.¹¹² De AVG is verder interessant omdat daarin beperkingen worden gesteld aan besluitvorming die uitsluitend op geautomatiseerde verwerking is gebaseerd en voorziet in het recht van menselijke tussenkomst. In meer algemene zin is de AVG dan ook een bron van inspiratie voor rechtsvorming en rechtsbescherming over algoritmische besluiten, en een nuttige 'proeftuin' om algemeen aanvaarde principes als transparantie, uitlegbaarheid en verantwoording te concretiseren.

6.2 Normenkaders: het bestuur

Bestuursorganen die algoritmen laten ontwikkelen, testen en gebruiken kunnen zelf regels opstellen om bij te dragen aan 'fair use'. Het gaat daarbij niet om beleidsregels in de zin van de Awb, maar om een vorm van zelfbinding, waarmee de buitenwereld duidelijk kan worden gemaakt dat men algoritmen en AI wil inzetten voor de publieke zaak, dat de risico's worden onderkend en dat men verantwoordelijkheid neemt voor goede informatie over en toepassing van algoritmen. Het kabinet heeft richtlijnen ontwikkeld die handvaten geven ten behoeve van de ontwikkeling en het gebruik van algoritmes door overheden.¹¹³ Vermeldenswaard zijn verder een aantal ontwikkelingen in grote steden. Zo beschikt Amsterdam over een algoritmeregister dat laat zien welke algoritmes worden gebruikt en hoe ze werken.¹¹⁴ De gemeente kiest ervoor zelf het handelen met betrekking tot algoritmen te normeren: inzichtelijk wordt gemaakt voor wat voor soort situaties AI in het publieke domein wordt gebruikt, hoe non-discriminatie wordt voorkomen en hoe hoog het risico van AI-misbruik bij de betreffende toepassing is. Een vergelijkbaar register vinden we in Utrecht.¹¹⁵ In Amsterdam zijn voorts *Modelbepalingen voor gemeenten voor verantwoord gebruik van Algoritmische Toepassingen* opgesteld. Deze bevatten inkoopvoorwaarden voor algoritmen en AI. De VNG heeft er inmiddels voor gezorgd dat deze bepalingen aan alle gemeenten ter beschikking worden gesteld. Deze bepalingen zien vooral op transparantie, die op verschillende 'niveaus' is vertaald: ten aanzien van de werking van de algoritmische toepassing ('uitlegbaarheid'), de methodiek van het verkrijgen, selecteren en bewerken van de gebruikte data ('procedurele transparantie') en – ten behoeve van de overheid, dus niet zozeer ten behoeve van de burger – 'technische transparantie', die de gemeente in staat moet stellen audits uit te voeren doordat de broncode en andere technische

112 Zie wel overweging 39 AVG.

113 *Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden*, opgenomen als bijlage bij Kamerbrief van 8 oktober 2019 over Waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid.

114 <https://algoritmeregister.amsterdam.nl/meer-informatie/>

115 <https://www.duic.nl/algemeen/dit-zijn-de-algoritmes-die-de-gemeente-utrecht-gebruikt/>

specificaties kunnen worden opgevraagd. Uitlegbaarheid wordt in de bepalingen voorts gekoppeld aan het verstrekken van informatie in een bezwaar- of beroepsprocedure, zodat de totstandkoming van het besluit kan worden getoetst en reële rechtsbescherming wordt geboden.¹¹⁶

6.3 Normenkaders en AI-ethics

In de wetenschap dat de betekenis van algoritmen en AI alleen maar zal toenemen, wereldwijd in alle sectoren van de samenleving, en dat deze ontwikkeling niet kan en zal worden gekeerd, wordt nagedacht over codes, richtlijnen en normensets om de risico's van het gebruik van algoritmen en AI in te dammen. Het antwoord op de signalering van genoemde risico's is een stortvloed aan ethische richtlijnen (*AI ethics*). Die kunnen worden omschreven als '*a set of values, principles and techniques that employ widely accepted standards of right and wrong to guide moral conduct in the development and use of AI technologies*'.¹¹⁷ Verder zijn er tal van rapporten waarin de ethische kant van AI centraal staat. Hierna volgt een kleine greep uit een online totaaloverzicht:¹¹⁸

- Talloze grote private spelers (Google, Microsoft, Sony, het Spaanse Telefonica, het Duitse Telekom, Samsung, Vodafone, IBM) hebben standaarden ontwikkeld waaraan zij stellen te zullen voldoen bij het gebruik maken van AI.¹¹⁹
- Op EU-niveau kan worden gewezen op de European Ethical Charter on the Use of AI in judicial systems and their environment van de Europese Commissie,¹²⁰ de Ethics Guidelines for Trustworthy AI van de Level Expert Group on AI, in 2019 opgevolgd door de Policy and investment recommendations for trustworthy AI, en de White Paper on AI.
- Twee andere grote AI 'supermachten' hebben hun eigen set aan beginselen gepubliceerd: zie voor de VS het Report on the Future of Artificial Intelligence¹²¹ en voor China de Beijing AI Principles.¹²²

116 <https://www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/innovatie/de-digitale-stad/grip-op-algoritmes>.
Zie ook J.L. Naves, 'Afspraken maken over eerlijke algoritmen: waarop te letten?', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* 2020, p. 10 e.v.

117 D. Leslie, *Understanding artificial intelligence and safety. A guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector*, Alan Turing Institute 2019, p. 3.
Zie ook www.detoekomstvanai.nl.

118 <https://www.linking-ai-principles.org/principles>.

119 Zie de Microsoft AI-principles (<https://www.microsoft.com/en-us/ai/our-approach-to-ai>), de Google AI-Principles (<https://ai.google/principles/>), de AI-principles of Telefonica (<https://www.telefonica.com/en/web/responsible-business/our-commitments/ai-principles>) en de Guidelines for AI van Telekom (<https://www.telekom.com/en/company/digital-responsibility/details/artificial-intelligence-ai-guideline-524366>).

120 <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

121 <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2016/10/12/administrations-report-future-artificial-intelligence>

122 <https://www.baai.ac.cn/news/beijing-ai-principles-en.html>

- Tot slot kan nog worden gewezen op de rapporten van enkele landen, zoals richtlijnen voor verantwoord AI-gebruik door de overheid van Canada,¹²³ Australië¹²⁴ en van het Engelse House of Lords.¹²⁵

Met het opstellen van ethische normen beogen deze actoren primair *zichzelf* te binden. Het is goed als overheden, internationale organisaties, commerciële bedrijven en andere spelers bereid zijn op papier te zetten dat zij zich aan bepaalde waarden willen committeren, maar het kan ook een vorm van *window-dressing* zijn. De schaduwzijde van ethische normen kan zijn dat de totstandkoming van bindende wetgeving wordt ontmoedigd. Zo stellen multinationals als Apple, Google en Facebook met een verwijzing naar hun 'Partnership on AI' (2018) dat normering al voldoende is gewaarborgd, zodat er geen noodzaak is wettelijk bindende regels vast te stellen.¹²⁶ Meer in het algemeen geldt dat de ethische waarden vaak vaag zijn en zich mede daarom moeilijk in rechte laten afdwingen.

Een recente studie van 22 AI-richtsnoeren laat zien dat zij veel overlap kennen. Een aantal principes wordt in vrijwel alle rapporten genoemd: *privacy-bescherming*, *fairness* (incl. non-discriminatie en rechtvaardigheid), *accountability* en *transparantie*. Andere waarden die worden genoemd zijn: *(cyber) veiligheid*, *algemeen welzijn*, *menselijk toezicht*, *solidariteit/sociale cohesie*, *uitlegbaarheid*, *wetenschappelijke basis voor ontwikkeling van AI*, *wettelijke basis voor AI*, *werkgelegenheid*, *verantwoorde financiering van onderzoek naar AI* en *publiek bewustzijn van AI en opleiding*.¹²⁷ Sommige bedrijven kennen ethical boards die erop moeten toezien dat de geformuleerde principes worden nageleefd. Dat zal niet eenvoudig zijn wanneer het gaat om breed geformuleerde algemene principes als 'het waarborgen van menselijk toezicht', 'stimuleren van werkgelegenheid' en 'het creëren van publiek bewustzijn over AI'. Vanwege de aard van de geformuleerde waarden en principes, het karakter van zelfbinding en het ontbreken van een juridische grondslag lenen de meeste zich niet (rechtstreeks) als toetsingskader voor de rechter.

Tot slot kan worden gewezen op de normen van normalisatie-instituten zoals de NEN van de Stichting Koninklijk Nederlands Normalisatie Instituut. Deze stelt normen op ten behoeve van bouwers van intelligente systemen.

123 <https://www.canada.ca/en/government/system/digital-government/digital-government-innovations/responsible-use-ai.html>

124 <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/building-australias-artificial-intelligence-capability/ai-ethics-framework/ai-ethics-principles>; zie ook Van Eck 2018, p. 34.

125 <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/dai/100/100.pdf>

126 Thilo Hagendorff, 'The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines', *Minds and Macines* 2020, p. 100.

127 Thilo Hagendorff, 'The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines', *Minds and Macines* 2020, p. 99-120.

Daarmee wordt beoogd ‘best practices, vereisten en afwegingskaders te formuleren in normen’, die vervolgens handvatten vormen voor partijen die met AI werken.¹²⁸ Ook op internationaal niveau wordt hard gewerkt om te komen tot standaardisering in AI – zie de verschillende werkgroepen die op tal van deelonderwerpen (data, betrouwbaarheid, governance) met standaarden komen.¹²⁹

6.4 Normenkaders: het bestuurs(proces)recht

Bij gebreke van wetgeving die is toegesneden op het algoritmische besluitvorming moet de Nederlandse rechter het doen met normen uit het internationale recht, het EU-recht, enkele algemene wettelijke handvatten, de algemene beginselen van behoorlijk procesrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo zal de burgerlijke rechter bij de vraag of de inzet van algoritmen en AI was toegestaan gebruik maken van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad, met als centrale norm de ‘zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt’.¹³⁰ In de procedure over de SyRI-wetgeving gaf de rechter toepassing aan artikel 8 EVRM (recht op een privéleven), waarbij de rechtbank overigens de aan het Unie-recht ontleende beginselen van transparantie, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisatie gebruikte om tot het oordeel te komen dat de fair balance was geschon- den.¹³¹ Ook andere grondrechten (het gelijkheidsbeginsel, vrijheid van meningsuiting, privacybescherming, toegang tot de rechter) kunnen bij algoritmische besluitvorming een rol spelen.¹³²

De bestuursrechter zal zo nodig ook het normenkader uit het internationale en EU-recht hanteren.¹³³ In dit kader wordt ook met spanning de komst afgewacht van een Europese AI-verordening, waarvan recentelijk een voorstel werd gepresenteerd.¹³⁴ Bij gebreke van specifieke normering in de bijzondere wetgeving zal de bestuursrechter echter vooral terugvallen op de algemene

128 <https://www.nen.nl/ict/digitale-ehetik-en-veiligheid/ai>.

129 <https://www.iso.org/committee/6794475.html>.

130 Zie bijv. Rb Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4085, waarin ouders van Amsterdamse schoolkinderen stelden dat de gemeente en een vereniging van schoolbesturen stelden dat een toewijzingssysteem van Amsterdamse schoolkinderen, waarbij gebruik werd gemaakt van een algoritme, jegens hen onrechtmatig was.

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

132 Zie verder M. Vetzo en J.H. Gerards, ‘Algoritme-gedreven technologieën en grondrechten’, *Computerrecht* 2019/3, p. 10 e.v.

133 Voor zover het gaat om rechten die burgers in het kader van de bescherming van persoonsgegevens ontleenen aan de AVG, kunnen zij de daarvoor openstaande wegen bewandelen, die in bepaalde gevallen ook kunnen leiden naar een besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens, waartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter.

134 Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence, <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/items/709090>. Zie nader A. Meuwese en J. Wolswinkel, ‘De Europese AI-verordening: een nieuwe bouwsteen voor de digitale rechtsstaat’, www.nederlandserrechtsstaat.nl.

beginselen van behoorlijk bestuur, die deels zijn neergelegd in de Awb. Daarbij zijn met name van belang het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb en de motiveringsplicht van de artikelen 3:46 Awb (primair besluit) en 7:12 Awb (beslissing op bezwaar). Deze normen dienen eerst en vooral als richtsnoer voor het openbaar bestuur. Zo legt art. 3:2 Awb bestuursorganen de plicht op om in het kader van de voorbereiding van een besluit kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Die relevante feiten worden soms aangedragen door de aanvrager van een beschikking, maar kunnen ook van het betrokken bestuursorgaan of derden afkomstig zijn, zoals bijvoorbeeld van andere overheidsinstanties. Ligt aan een besluit een deskundigenadvies ten grondslag, dan preciseert artikel 3:9 Awb de taak van het bestuursorgaan: het moet zich er van vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Dit betekent volgens de jurisprudentie van de bestuursrechter dat het bestuursorgaan moet nagaan of aan de conclusies van de adviseur naar inhoud of wijze van totstandkoming zodanige gebreken kleven dat het besluit niet, of althans niet zonder meer, op die conclusies kan worden gebaseerd.¹³⁵ Die lijn uit de jurisprudentie laat zien dat de bestuursrechter erop toeziet dat een bestuursorgaan, zelfs al bezit hij zelf niet de nodige deskundigheid, zich tenminste rekenschap geeft van dat advies en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Zo nodig zal de bestuursrechter dus van het bestuursorgaan verlangen dat het van het advies verantwoording aflegt.

De op grond van artikel 3:2 Awb in kaart gebrachte feiten en af te wegen belangen en de wijze waarop deze in de afweging zijn betrokken (artikel 3:4, eerste lid Awb), zullen als regel ook in het besluit zelf vermeld worden. De wet eist namelijk naast een 'deugdelijke motivering' van het (primaire) besluit (artikel 3:46 Awb) ook een uit het besluit kenbare motivering (artikel 3:47 Awb). Dit samenstel van bepalingen is een bruikbaar handvat om het bestuursorgaan te verplichten op begrijpelijke, inzichtelijke en consistente wijze uitleg te geven over (de voorbereiding van) het besluit en de deugdelijkheid van de motivering. Indien bezwaar is gemaakt tegen het eerste (primaire) besluit van het bestuursorgaan, dan dient het bestuursorgaan het eerste (primaire) besluit volledig te heroverwegen op recht- en doelmatigheid en op feitelijke juistheid en daarbij in te gaan op de door de burger naar voren gebrachte bezwaargronden. De motiveringseis van artikel 7:12 Awb vergt dat het bestuursorgaan ook de beslissing op bezwaar voorziet van een deugdelijke motivering. Bij gebreke van een meer specifiek wettelijk kader zal de bestuursrechter vooral deze bepalingen hanteren als maatstaf voor toetsing van algoritmische besluiten. Dit volgt uit de eerste uitspraken van de bestuursrechter.

¹³⁵ Zie bijv. ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382.

6.5 Normenkaders in de bestuursrechtspraak

De opkomst van algoritmische besluitvorming plaatst het bestuursrecht en de bestuursrechter voor tal van nieuwe (rechts)vragen. Veel vragen zijn nog niet aan de orde gesteld voor de bestuursrechter. Op een aantal vragen rond digitale besluiten heeft de bestuursrechter echter al wel antwoord gegeven. Zo overwoog de Centrale Raad van Beroep in een zaak over een digitaal systeem dat een indicatie gaf van de mate van arbeidsongeschiktheid bijvoorbeeld dat dit systeem onvolkomenheden bevatte en niet een 'als toereikend aan te merken niveau van transparantie, verifieerbaarheid en toetsbaarheid bevatte'. Daarom was het bestreden besluit in strijd met de artikelen 3:2 en/of 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).¹³⁶

De Afdeling heeft in twee zaken uit 2017 en 2018 meer specifieke minimum-eisen geformuleerd met betrekking tot de inzet van algoritmische besluitvorming in het kader van het Programma Aanpak Stikstof (PAS). De besluiten in kwestie waren vergunningen voor de exploitatie en/of uitbreiding van agrarische bedrijven en een tracébesluit. Deze projecten waren op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 vergunningplichtig en op grond van de Tracéwet beoordelingsplichtig omdat de stikstofuitstoot van deze projecten een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben op Natura 2000-gebieden. De PAS-regelgeving maakte uitzonderingen op deze vergunningplicht en bepaalde dat een vergunning alleen kon worden verleend als er ontwikkelingsruimte beschikbaar was. Voor de beoordeling van de vergunningplicht en de beoordeling of de vergunning kan worden verleend, ontwikkelde het ministerie van Economische Zaken het rekenprogramma AERIUS. Het rekeninstrument AERIUS Calculator berekende de depositiebijdrage van een project en bood op grond van de uitkomst van de berekening inzicht of het project was uitgezonderd van de vergunningplicht of niet.¹³⁷ Voor vergunningplichtige projecten berekende AERIUS Calculator voorts of en hoeveel ontwikkelingsruimte nodig is om de vergunning te kunnen verlenen en bood het inzicht of die ontwikkelingsruimte nog beschikbaar was en door het bevoegd gezag gedeeld kon worden bij de vergunning. Naast de Calculator maakte ook het AERIUS Register en de AERIUS Monitor deel uit van het softwareprogramma. Naar het oordeel van de Afdeling maakte het verplichte gebruik van AERIUS

¹³⁶ CRVB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716; CRVB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9973. Uit latere rechtspraak is gebleken dat van het UWV geen onbeperkte mate van transparantie en verifieerbaarheid wordt verlangd; zo wordt niet vereist dat de appellant over alle data uit het CBBS zou moeten beschikken of toegang zou moeten krijgen tot het systeem zelf. Zie CRvB 10 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:183 alsook N.H. van Amerongen en Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van "black box"-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof en F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap* (Struiksbundel), p. 181 e.v.

¹³⁷ Dit was afhankelijk van het al dan niet overschrijden van een grens- en drempelwaarde.

deels geautomatiseerde en efficiënte besluitvorming mogelijk. Het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS brengen echter ook het risico met zich 'dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames'. De Afdeling vervolgt dan:

*'Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen op het PAS gebaseerde besluiten kan daardoor een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Zij kunnen in geval van besluitvorming op basis van een programma dat vanuit hun perspectief is te beschouwen als een zogenoemde "black box" immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen en of de zekerheid bestaat dat het project of andere handeling de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten. (...) Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust in dit geval op genoemde ministers en de staatssecretaris de verplichting 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. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.'*¹³⁸

Vervolgens geeft de Afdeling aan op welke punten, die raken aan de kern van de berekende omvang van de ontwikkelingsruimte, de minister een nadere onderbouwing van de aan het PAS ten grondslag liggende keuzes, gegevens en aannames moet geven.

In de latere *Blankenburg*-uitspraak heeft de Afdeling voornoemde overweging nader gepreciseerd. De Vereniging Natuurmonumenten betoogde in deze zaak dat de minister ten onrechte had nagelaten om alle gegevens die waren gebruikt voor de invoer in de AERIUS Calculator uit eigen beweging ter beschikking te stellen. Het is daarbij van belang op te merken dat de Calculator gebruik maakt van zowel standaardinvoergegevens als van maatwerkinvoergegevens. Maatwerkinvoergegevens zijn de gegevens die de gebruiker (in casu de minister) zelf moet invoeren; het zijn gegevens die *project- of besluitspecifiek* zijn. In deze zaak betrof het bijvoorbeeld de mate van verkeerscongestie en de geldende snelheidslimiet. Daarnaast wordt bij geautomatiseerde besluitvorming gebruik gemaakt van standaardinvoergegevens; dit zijn *project- of*

138 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3.

besluitonafhankelijke gegevens, zoals in dit geval kaarten van stikstofgevoelige habitattypen in de Natura 2000-gebieden en rekenprogramma's. De Afdeling maakt in deze uitspraak duidelijk dat de plicht van het bestuursorgaan om uit eigen beweging gegevens over te leggen, alleen ziet op maatwerkinvoer-gegevens. Als belanghebbenden daarin inzicht hebben, kunnen zij bepalen of zij gebruik willen maken van de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen tegen het ontwerpbesluit of van het recht tegen het definitieve besluit in beroep te gaan.¹³⁹

De Hoge Raad is hierbij aangesloten in een arrest dat ging over de modelmatige waardebeoordeling van onroerende zaken in het kader van de uitvoering van de Wet op de Waardebeoordeling Onroerende Zaken (WOZ). De Hoge Raad sloot aan bij het oordeel van de Afdeling uit de eerste PAS-zaak. Om de belanghebbende in staat te stellen de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames te controleren en zo nodig gemotiveerd te betwisten, moet het bestuursorgaan zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Zonder die inzichtelijkheid en controleerbaarheid dreigt een ongelijkwaardige procespositie van partijen te ontstaan.¹⁴⁰ Deze plicht zou weinig om het lijf hebben wanneer het bestuursorgaan digitale bestanden in een geding bij de bestuursrechter zou kunnen achterhouden. Een belangrijke pendant van voornoemde rechtspraak is dan ook dat de Hoge Raad in een arrest uit 2018 heeft bepaald dat de plicht om op grond van art. 8:42, eerste lid Awb de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' aan de bestuursrechter te sturen, ook kan zien op digitale bestanden. De Hoge Raad leidt dat af uit de strekking van art. 8:42 Awb, waaruit dat 'de in die bepaling neergelegde verplichting om de voor de beoordeling van de zaak van belang zijnde gegevens over te leggen niet beperkt tot op papier vastgelegde gegevens. Die verplichting ziet ook op in elektronische vorm vastgelegde, op de zaak betrekking hebbende gegevens, waaronder begrepen grafische weergaven en afbeeldingen, die – op papier of in andere vorm – leesbaar of anderszins waarneembaar kunnen worden gemaakt.'

Samenvattend volgen uit de rechtspraak thans de volgende 'regels' met als kanttekening dat die regels zijn geformuleerd in zaken over besluiten die tot stand zijn gekomen met 'rule based' algoritmen:

1. Op een bestuursorgaan rust de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging

¹³⁹ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.4.

¹⁴⁰ HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. Zie over de black box-problematiek met betrekking tot de WOZ voorts Gerechtshof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:685.

- openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn.
2. Deze verplichting tot openbaarmaking geldt met name voor maatwerk-invoergegevens, dat wil zeggen de gegevens die specifiek zijn voor het te nemen besluit. Daarbij hoeven niet alle maatwerk-invoergegevens te worden overgelegd, zolang het besluit duidelijk maakt welke keuzes bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de maatwerkgegevens.
 3. De verplichting tot openbaarmaking geldt niet, althans niet zonder meer op keuzes met betrekking tot de (besluitonafhankelijke) standaardinvoergegevens, dat wil zeggen de totale dataset. Deze standaardgegevens moeten wél ter beschikking worden gesteld als de belanghebbende te kennen geeft dat hij voor de onderbouwing van zijn beroep behoefte heeft aan die gegevens en deze met het bestreden besluit niet bekend of inzichtelijk zijn gemaakt. Daarbij dient de belanghebbende – zo mogelijk – aan te geven welke specifieke gegevens het betreft, opdat het bestuursorgaan daarin zo gericht en duidelijk mogelijk inzage kan geven.
 4. De genoemde verplichting houdt verband met verschillende principes:
 - het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, en daaraan gerelateerd de eisen van transparantie en uitlegbaarheid; deze verlangen dat een besluit dat is genomen op basis van een geautomatiseerd systeem met toepassing van algoritmen en AI een als toereikend aan te merken niveau van transparantie, verifieerbaarheid en toetsbaarheid moet hebben, dat voor de burger duidelijk moet zijn welke gegevens zijn gebruikt en wat de relatie is tussen die gegevens en (het dictum van) het besluit, om daarmee te voorkomen dat het besluit een ‘black box’ wordt;
 - het beginsel *equality of arms*, dat vereist dat (deels) geautomatiseerde besluitvorming inzichtelijk en controleerbaar is om de burger in staat te stellen weloverwogen rechtsmiddelen aan te wenden en de bestuursrechter in staat te stellen rechtsbescherming te verlenen.
 5. In elektronische vorm vastgelegde, op de zaak betrekking hebbende gegevens behoren tot de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ in de zin van art. 8:42, eerste lid Awb.

7. Nader te verkennen (rechts)vragen

In deze paragraaf wordt op enkele thema's rondom algoritmische besluitvorming ingegaan die vragen om (nadere) uitwerking. Daarbij is wel de vraag van wie uitwerking moet komen: van de wetgever, het bestuur en/of de bestuursrechter.

Volstaan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingskader?

Wanneer specifieke wetgeving over algoritmische besluitvorming uitblijft, zal de bestuursrechter bij de toetsing van de rechtmatigheid van algoritmische

besluiten moeten terugvallen op het traditionele toetsingskader en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het beginsel van *equality of arms*. De jurisprudentie laat zien dat op die beginselen de plicht kan worden gebaseerd om de gemaakte keuzes en gehanteerde gegevens en aannames inzichtelijk te maken. Red de bestuursrechter het daarmee? Zijn de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende sturend en richtinggevend om de bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij algoritmische besluiten vorm en inhoud te geven?

De Afdeling advisering heeft gepleit voor een ‘verscherpte interpretatie’ van deze beginselen in de context van algoritmische besluitvorming.¹⁴¹ De komende jaren zal de vraag naar de concretisering hiervan ongetwijfeld sterk in de belangstelling staan. De techniekonafhankelijkheid van deze beginselen heeft aantrekkelijke kanten en maakt hen bijna grenzeloos bruikbaar. Keerzijde zal kunnen zijn dat uit de uitspraken van (bestuurs)rechters een casuïstisch en algemeen karakter dragen en dat daaruit niet precies valt af te leiden welke rechten en waarborgen burgers hebben en welke verplichtingen voor bestuursorganen gelden bij het voorbereiden en nemen van algoritmische besluiten. Daar komt bij dat met de behoefte aan *betekenisvolle* normering en uitleg die waarborgen een steeds specifiekere karakter kunnen krijgen. Zo wordt inmiddels gesproken over een recht op reproductie en reconstructie¹⁴² en worden in de praktijk ten aanzien van de gewenste mate van technische transparantie specifieke ‘spelregels’ ontwikkeld, die de rechter zou kunnen betrekken bij zijn toetsing. Met betrekking tot de vergaring, verwerking en normering van data geldt hetzelfde. Het is aannemelijk dat die ontwikkeling gepaard zal gaan met een behoefte aan meer specifieke regels en misschien zelfs nieuwe rechten en beginselen. Daarbij kan worden gedacht aan het recht op informatie, het recht op betekenisvolle uitleg en het beginsel van transparantie. Niet valt uit te sluiten dat deze rechten en beginselen tot ontwikkeling komen als onderdelen van het zorgvuldigheidsbeginsel, maar dat deze op enig moment een zelfstandige plaats verdienen in de catalogus van – al dan niet in de wet neergelegde – rechten en beginselen.

Erkenning van een recht op informatie?

Zoals ook door de Afdeling advisering is benadrukt, is het van groot belang dat burgers tijdig de juiste informatie krijgen over het gebruik van algoritmen en AI door de overheid en hoe dit van invloed is op hun (rechts)positie. Die informatie dient gegeven te worden door het bestuursorgaan bij het

141 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, *Kamerstukken II*, 2017/18, 26643, nr. 557, p. 1.

142 S. van Heukelom-Verhage, ‘Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?’, in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164). Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 221, C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme?*, oratie UvT, p. 37.

(primaire) besluit en los van een eventuele procedure. De jurisprudentie van de bestuursrechter geeft aanknopingspunten voor de verplichting van het bestuursorgaan om op eigen initiatief de benodigde informatie te verschaffen. Daarbij is wel een onderscheid gemaakt tussen – spontaan te verschaffen – maatwerkinvoergegevens enerzijds en standaardinvoergegevens anderzijds. Deze informatieverplichting is door de Afdeling bestuursrechtspraak tot nu toe gebaseerd op het beginsel van de *equality of arms*. Mogelijk kan die verplichting bij gebreke aan een daartoe strekkende specifieke wettelijke regel ook worden gebaseerd op het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.

Een volgende stap zou kunnen bestaan uit een door de wetgever erkend recht op informatie bij algoritmische besluiten, zodat bestuursorganen weten welke informatie zij moeten geven en die informatie vervolgens kan dienen als een uitgangspunt voor de toets door de (bestuurs)rechter.¹⁴³ In de Awb of in sectorale wetgeving zou kunnen worden bepaald dat in (primaire) beschikkingen moet worden vermeld dat bij de voorbereiding van het besluit gebruik is gemaakt van een algoritme en dat moet worden vermeld hoe daarover (meer) informatie kan worden verkregen.¹⁴⁴ Enige vragen die in dit kader moeten worden beantwoord zijn: op welke wijze moet invulling worden gegeven aan de jurisprudentiële eis van het ‘op passende wijze’ openbaar maken van de keuzes, aannames en gegevens, wat is ‘tijdig’ als het gaat om informatieverstrekking en wat zijn de gevolgen als de benodigde informatie niet tijdig wordt verstrekt?

In een aantal landen is al wetgeving aangenomen of in voorbereiding waarin een dergelijk recht op informatie wordt erkend. In België is een wetsvoorstel aanhangig dat de overheid verplicht in individuele beslissingen gegevens te verschaffen over de mate waarin en de wijze waarop de algoritmische verwerking tot de besluitvorming heeft bijgedragen, over de verwerkte gegevens en de bronnen ervan, de op de situatie toegepaste ‘verwerkingsparameters’ en in voorkomend geval de afweging ervan en de met de verwerking uitgevoerde verrichtingen.¹⁴⁵ Ook de Franse wetgever heeft de vlucht naar voren genomen door bestuursorganen te dwingen transparant

143 Zie ook J. de Poorter en J. Goossens, ‘Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht’, *NJB* 2019/44, p. 3307 e.v.

144 Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, *Kamerstukken II*, 2017/18, 26643, nr. 557, p. 3.4.

145 Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, om meer transparantie te verschaffen over het gebruik van algoritmen door de overheid, Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, 6 april 2021.

te zijn over het algoritmische karakter van hun besluitvorming.¹⁴⁶ Een individuele beslissing die is genomen op basis van een algoritme, dient dit expliciet te vermelden om zo de belanghebbende daarover te informeren. Deze informatieplicht kent een actieve en een passieve kant. De overheid dient, op straffe van nietigheid, uit eigen beweging de belanghebbende mee te delen welk bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de beslissing, dat het besluit met behulp van algoritmes wordt genomen, evenals het doel van dat gebruik en het recht om bepaalde informatie daarover te krijgen (actieve informatieplicht). Op verzoek van de belanghebbende heeft hij voorts een (passieve) informatieplicht ten aanzien van:

- de mate waarin en de wijze waarop de algoritmen hebben bijgedragen aan de besluitvorming;
- de verwerkte gegevens en hun bronnen;
- de gebruikte parameters en hun weging in het concrete geval van belanghebbende;
- de uitvoeringshandelingen waar de algoritmische behandeling toe heeft geleid.¹⁴⁷

Frankrijk kent ook een modelbepaling van een clause voor algoritmische besluiten:

Dit besluit is genomen op basis van een algoritmische behandeling. Het besluit heeft als doel [omschrijving doelstelling]. De algoritmische behandeling is onderworpen aan de volgende regels [link naar de (online) publicatie van de beslisregels die aan het algoritme ten grondslag liggen]. Op basis van [wettelijke regeling] kunt u bij [omschrijving bestuursorgaan, wijze waarop contact kan worden gelegd] nadere informatie verkrijgen omtrent de werking van het algoritme en zijn toepassing in uw concrete geval.¹⁴⁸

Dit voorbeeld laat zien dat het in het primaire besluit niet erom gaat ‘technische transparantie’ te verschaffen, maar om informatie over het verantwoordelijke bestuursorgaan, het doel van de algoritmische behandeling en de werking van de beslisregels. Deze normering gaat aanzienlijk verder dan de in de bestuursrechtspraak geformuleerde normen. Moet de Nederlandse wetgever hier een voorbeeld aan nemen? Als de wetgever geen regels stelt en het

¹⁴⁶ Artikel L 311-3-1 Code des relations entre le public et l’administration. Het artikel maakt, onder meer in het kader van de vertrouwelijkheid van beraadslagingen van de regering en andere onderdelen van de uitvoerende macht, uitzonderingen op deze regel mogelijk (zie art. L311-5).

¹⁴⁷ L 311-3-1 Code des relations entre le public et l’administration, toegevoegd door artikel 4 van de Loi pour une République numérique, Loi n° 2016-1321, en Décret n° 2017-330. Zie hierover M. van Eck, ‘Algoritmes en besluiten bij de overheid. Wat heeft het Franse bestuursrecht wat wij niet hebben?’, Open brief aan de leden van de Tweede Kamer, 2019, www.marliesvaneck.wordpress.com.

¹⁴⁸ <https://guides.etalab.gouv.fr/algorithmes/mention/#quelles-informations-dois-je-donner>

bestuursorgaan nalaat de hier bedoelde informatie te verstrekken, kan niet worden uitgesloten dat de bestuursrechter in uitspraken normen zal stellen over de bij het besluit te verstrekken informatie, eventueel voor bepaalde categorieën besluiten of onder nader te formuleren omstandigheden.

Verplichte impact assessment?

Bestuursorganen kunnen in het kader van de governance en met het oog op behoorlijk gebruik van algoritmen en AI hun besluitvorming voorzien van een *Algorithm Impact Assessment (AIA)*. Dat instrument kan worden ingezet in de testfase van het algoritme, maar ook als het algoritme al enige tijd wordt gebruikt. Het doel ervan is om mogelijke risico's te identificeren, te mitigeren en na te gaan of zich nog restrisico's voordoen.¹⁴⁹ Een *impact assessment* beoogt het bestuursorgaan ook houvast te bieden ten aanzien van de vraag bij wat voort typen algoritmes welke waarborgen horen. Voor een mooi uitgewerkt voorbeeld van een op de overheid toegesneden AIA kan worden gewezen op de Canadese *Directive on Automated Decision-Making*. Op grond van deze richtlijn gelden voor de Canadese regering de volgende verplichtingen:

- de voor een geautomatiseerd beslissysteem verantwoordelijke minister zorgt dat, alvorens een AI-bessysteem in productie wordt genomen, een *impact assessment* wordt uitgevoerd;
- de overheid verschaft uit hoofde van transparantie een 'meaningful explanation' over de vraag hoe en waarom de betreffende maatregel is genomen;
- de overheid maakt de broncode openbaar, tenzij sprake is van één van drie wettelijke geregelde limitatieve uitzonderingen;
- data worden vooraf op *bias* getest;
- gewaarborgd is dat het systeem voorziet in menselijke tussenkomst; en
- gewaarborgd is dat de beslissing of de maatregel kan worden aangevochten bij een onafhankelijke rechter.

Volgens dit AIA-model moet eerst worden bepaald of de beslissing geringe, gemiddelde, sterke of zeer sterke gevolgen heeft op de volgende punten: gevolgen voor de rechten van individuen of gemeenschappen, hun gezondheid of welzijn, hun economische belangen en de duurzaamheid van het ecosysteem. Op basis van dit onderscheid worden verschillende (soorten) eisen aan het systeem gesteld. Bij beslissingen met een geringe impact behoeft in het algemeen geen AIA te worden gehouden, terwijl bij impactvolle beslissingen in elk geval een *notice* (een schriftelijke toelichting)

149 https://vng.nl/sites/default/files/2020-12/rapportage-impactanalyse-richtlijnen-voor-het-toepassen-van-algoritmen-def_-11.pdf.

moet worden verstrekt. Bij de twee hoogste *impact levels* moet er een *human in the loop* zijn, en worden er oplopende eisen gesteld aan de mate van uitleg. Een dergelijk *impact assessment* biedt derhalve niet alleen inzicht in de risico's van het gebruik van algoritmen en AI, maar bevat ook waarborgen om die risico's in te dammen. De impact assessment lijkt dan ook een zinvol instrument dat ook in Nederland goede diensten kan bewijzen.¹⁵⁰

Ook hier is de vraag wie er aan zet is. Moet de wetgever een AIA verplicht stellen als binnen de overheid gebruik zal worden gemaakt van algoritmen en AI? Moet dat in alle gevallen of alleen bij verwerking van bepaalde soorten data? De wetgever kan in ieder geval inspiratie ontleen aan het Canadese voorbeeld en aan artikel 35 AVG.¹⁵¹ Als de wetgever op dit vlak geen eisen stelt, dan nog kan een bestuursorgaan gehouden zijn in het kader van *governance*, *accountability* en de betrachtingen zorgvuldigheid een impact assessment te houden, indien de toepassing van het algoritme kan leiden tot een beslissing die inbreuk maakt of kan maken op (grond)rechten en vrijheden. Een bestuursorgaan kan hierover een beleidsregel opstellen. Voor de bestuursrechter is een impact assessment een mogelijke bron van informatie bij de toetsing van de zorgvuldigheid van algoritmische besluiten. Niet uitgesloten kan worden dat het nalaten om een dergelijk impact assessment uit te voeren, nadelig uitpakt voor het bestuursorgaan dat zijn besluit voor de rechter komt verdedigen. De rechtspraak op dit punt moet worden afgewacht.

De eis van menselijke tussenkomst

Het bestuursprocesrecht biedt op tal van momenten in de Awb-procedure de waarborg van door *mensen* te leveren *maatwerk*.¹⁵² Een belangrijke vraag is hoe maatwerk vorm moet krijgen in het digitale bestuursrecht van algoritmische besluitvorming. Nergens in de Awb staat dat een primair besluit

150 Zij is in Nederland ook al aan een opmars bezig, blijkens het *Artificial Intelligence Impact Assessment* van het Platform voor de Informatiesamenleving.

151 Artikel 35 AVG luidt: 'Wanneer een soort verwerking, in het bijzonder een verwerking waarbij nieuwe technologieën worden gebruikt, gelet op de aard, de omvang, de context en de doeleinden daarvan waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen voert de verwerkingsverantwoordelijke vóór de verwerking een beoordeling uit van het effect van de beoogde verwerkingsactiviteiten op de bescherming van persoonsgegevens. Eén beoordeling kan een reeks vergelijkbare verwerkingen bestrijken die vergelijkbare hoge risico's inhouden.'

152 Zie de eis dat de relevante feiten en belangen moeten worden onderzocht en afgewogen (artikelen 3:2 en 3:4, eerste lid Awb), de invulling van de eis van een evenredige belangenafweging (artikel 3:4, tweede lid Awb), de vergewisplicht (artikel 3:9 Awb), de hoorplicht voorafgaand aan het primaire besluit (artikelen 4:7 en 4:8 Awb), de verplichting te onderzoeken of een beslissing conform een beleidsregel voor een belanghebbende gevolgen kan hebben die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (artikel 4:84 Awb), de hoorplicht in bezwaar (artikel 7:2 Awb), de inschakeling van interne of externe (menselijke) adviescommissies (artikelen 7:5 en 7:13 Awb), de integrale heroverweging van het primaire besluit naar aanleiding van het bezwaar (artikel 7:11 Awb) en de eis van deugdelijke motivering van de beslissing op bezwaar (artikel 7:12 Awb).

niet rechtstreeks uit een algoritme zou mogen voortvloeien. Maar er bestaat een evidente spanning met de procedurele waarborgen in de Algemene wet bestuursrecht, die toch meer geschreven lijkt voor het voorbereiden en nemen van besluiten in ‘ateliers’ dan in ‘fabrieken’, en al helemaal niet in ‘fabrieken’ die de besluitvorming overlaten aan algoritmen. Het is beslist een uitdaging om beide werelden te verenigen. Om enerzijds tijdig miljoenen beschikkingen te nemen, zorg te dragen voor een uniforme toepassing van de wet en zo bij te dragen aan rechtsgelijkheid en tegelijkertijd ruimte te bieden voor het geluid van de individuele burger en het leveren van maatwerk op basis van individuele en bijzondere omstandigheden na menselijke tussenkomst. Misschien moet worden erkend dat deze werelden zich slecht laten verenigen. Misschien is er behoefte aan een nieuwe titel in hoofdstuk 4 van de Awb over digitale en algoritmische (primaire) besluiten.

De realiteit van de algoritmische primaire besluitvorming maakt dat de fase van het voorbereiden en nemen van de beslissing op bezwaar extra belangrijk is om maatwerk te leveren. Als de burger bezwaar maakt tegen een algoritmisch besluit dan is het bestuursorgaan gehouden het besluit volledig te heroverwegen. Integrale heroverweging betekent een herbeoordeling van het eerder genomen besluit op rechtmatigheid en doelmatigheid, waarbij ook aan de orde kan – en soms moet – komen of sprake is van individuele, bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat een besluit wordt genomen in afwijking van staand beleid. Interne en externe bezwaarcommissies moeten het horen in bezwaar kunnen gebruiken om een praktische oplossing voor een probleem te bewerkstelligen, om een schikking te beproeven of om uitleg te geven en een luisterend oor te bieden. Dat kan alleen als dat gebeurt door echte mensen.¹⁵³ Na algoritmische (primaire) besluitvorming ligt menselijke tussenkomst (*human in the loop*) bij het voorbereiden en nemen van de beslissing op bezwaar dus voor de hand. De bezwaarfase biedt ook een uitgelezen kans voor het bestuursorgaan om de burger alle relevante informatie te verstrekken om te kunnen begrijpen welke rol de gebruikte data en het algoritme hebben gespeeld bij de besluitvorming en de uitkomst van het besluit. Op die manier kan de overheid helpen voorkomen dat burgers een beroep moeten doen op de bestuursrechter. Al met al roept dit de vraag op of wetgever of bestuursrechter de norm moeten introduceren dat (sommige) algoritmische besluiten alleen genomen mogen worden na menselijke tussenkomst.

¹⁵³ Zo ook het Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, *Kamerstukken II*, 2017/18, 26643, nr. 557, par. 3.4.

Grenzen aan uitlegbaarheid?

In termen van uitlegbaarheid kunnen algoritmen problematisch zijn. De SyRI-uitspraak leert ons dat ook bestuursorganen niet altijd een goed beeld hebben van de aard van het algoritme en zijn werking.¹⁵⁴ En dat terwijl het in die zaak ging om rule based algoritmen: beslisbomen die op zich goed uitlegbaar zouden moeten zijn. Dat is anders bij geavanceerde (*unsupervised machine learning* en *deep learning* systemen, omdat dergelijke systemen zelf tot correlaties, afwegingen en beslissingen komen die het menselijk begrip te boven gaan.¹⁵⁵ Hoewel in de literatuur is betoogd dat er ook bij *deep learning* technieken van uitlegbaarheid zijn, stuit dit op inherente beperkingen.¹⁵⁶ Er zal dan hoe dan ook, om het systeem zo te beschrijven dat het voor een gemiddelde persoon te begrijpen is, een concessie moeten worden gedaan aan de precisie waarmee de werking van het systeem wordt beschreven. Dit impliceert ook een beperking van de 'keuzes, gegevens en aannames'-jurisprudentie: deze stuit op beperkingen bij meer geavanceerde AI-modellen.¹⁵⁷ De vraag is of dergelijke AI-modellen ondanks deze beperkingen toch aan besluiten ten grondslag zouden mogen worden gelegd. De minister lijkt van oordeel dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord: 'In het verlengde hiervan zou als uitgangspunt moeten gelden dat overheidsorganisatie geen algoritmes mogen hanteren die te complex zijn om redelijkerwijs te worden uitgelegd.'¹⁵⁸ De wetgever zou dit kunnen regelen. Bestuursorganen zouden dit als beleid kunnen hanteren. Mocht een bestuursorgaan bij zijn besluitvorming toch complexe algoritmen en AI gebruiken, dan is het aan de (bestuurs)rechter, indien daarover wordt geklaagd, om te beoordelen of het besluit de rechterlijke toets kan doorstaan. De bestuursrechter is op zich vertrouwd met het probleem van moeilijk uitlegbare primaire besluiten. Bij deskundigenadvisering bestaat op dit punt een algemeen bruikbaar kader, waarbij de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling gepaard gaat met een vergewisplicht van het bestuur op grond van art. 3:9 Awb. Is iets dergelijks bij algoritmische besluitvorming denkbaar? Is de inzet van deep learning-algoritmen te pareren met een 'normale' adstructieplicht voor het bestuursorgaan, zoals die nu al geldt voor technische modellen, bijvoorbeeld ten aanzien van geluid? Moet de bestuursrechter het bestuursorgaan een

¹⁵⁴ 'Het vorenstaande leidt ertoe dat niet kan worden gecontroleerd hoe de eenvoudige beslisboom, waarover de Staat spreekt, tot stand komt en uit welke stappen deze bestaat.' Uit: Rb Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90.

¹⁵⁵ Zie ook R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat*, Boom Juridisch 2021, p. 66-67.

¹⁵⁶ Zie voor een bespreking van enkele methoden, zoals *linear proxy models*, *decision trees* en *automatic-rule extraction*: L.H. Gilpin e.a., 'Explaining Explanations: An Overview of Interpretability of Machine Learning', arXiv:1806.00069 [cs.AI], par. II.

¹⁵⁷ Vgl. C.J. Wolswinkel, 'AI meets AI. Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming', *Computerrecht* 2020/4, p. 28.

¹⁵⁸ Bijlage bij Kamerbrief over waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid, 8 oktober 2019, p. 6.

halt toeroepen door te oordelen dat bij een stelselmatig gebrek aan uitlegbaarheid niet kan worden voldaan aan het motiveringsbeginsel en de eis van een deugdelijke motivering?

8. Tot slot

Met deze publicatie heeft de Afdeling een agenderende bijdrage willen leveren aan de noodzakelijke discussie over rechtsbescherming bij algoritmische besluiten en de rol van de bestuursrechter daarbij. Die discussie is om verschillende redenen nodig. De technische ontwikkelingen gaan snel. Steeds meer bestuursorganen zetten steeds intensiever algoritmen in bij het nemen van besluiten. Dat is, gelet op de aanmerkelijke kostenbesparingen die kunnen worden gerealiseerd en de snelheid en accuratesse waarmee softwaremodellen tegenwoordig kunnen rekenen, niet verbazingwekkend. Algoritmische besluitvorming kan daarmee bijdragen aan betere serviceverlening door de overheid aan burgers en bedrijven. Daarnaast kan inzet van *rule based* algoritmen een positieve bijdrage leveren aan rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Maar er moet ook aandacht zijn voor de impact van algoritmische besluitvorming, voor een fatsoenlijke procedure met adequate informatieverstrekking. De aard van dit type besluiten en in het bijzonder hun *black box*-karakter vraagt om een robuust procedureel en materieel bestuursrechtelijk kader waaraan die besluiten kunnen worden getoetst. Met name het complexe karakter en de vaak lastige 'uitlegbaarheid' van algoritmische besluitvorming stelt de bestuurspraktijk en de bestuursrechter daarbij voor uitdagingen.

Het huidige bestuursprocesrecht is slechts in beperkte mate toegesneden op deze nieuwe generatie besluiten. Wil de bestuursrechter rechtsbescherming kunnen bieden ten aanzien van de *feitelijke* inzet van algoritmen en AI door bestuursorganen dan zal de wetgever moeten voorzien in een bredere toegang tot de bestuursrechter en een andere set aan uitspraakbevoegdheden. Bij de toetsing van algoritmische besluiten is van belang dat de bestuursrechter om rechtsbescherming te kunnen verlenen, in staat moet zijn te controleren hoe het bestuursorgaan de relevante feiten heeft vastgesteld, hoe belangen zijn afgewogen en welke rol het algoritme daarbij heeft gespeeld. Dat begint er mee dat het bestuursorgaan vermeldt dat een besluit op grond van een algoritme is genomen en dat op betekenisvolle wijze uitleg wordt gegeven over de werking van het algoritme en de gebruikte data. De praktijk zal op dit punt stappen moeten zetten. Positief is dat sommige bestuursorganen inmiddels informatie verstrekken over gebruikte algoritmen op hun website, dat door een enkel bestuursorgaan wordt gewerkt met een openbaar algoritme-register en dat *Algorithm Impact Assessments* vaker worden toegepast.

Een andere belangrijke vraag is die naar de wenselijkheid of verplichting van menselijke tussenkomst bij primaire besluiten en/of bij de beslissing op bezwaar. Ook op dit punt zullen keuzen moeten worden gemaakt, mogelijk gedifferentieerd naar aard van het besluit en de impact daarvan op (grond)rechten.

De opmars van algoritmische besluitvorming door de overheid raakt ons allen. Hier ligt een taak voor wetgever, bestuur en (bestuurs)rechter. Dat geldt ook de rechtsbescherming. Wetgever, bestuur en (bestuurs)rechter zullen ieder hun verantwoordelijk moeten nemen. Wat betreft de wetgeving bieden het Franse en Belgische voorbeeld voor Nederland mogelijk een wenkend perspectief. De Franse wetgever heeft het recht op informatie en het recht van menselijke tussenkomst bij de beslissing op bezwaar in de wet opgenomen, terwijl ook enkele procedurele waarborgen in de wet zijn opgenomen, zoals de aanstelling van een deskundige bij het bestuursorgaan, die verantwoordelijk is voor de juiste werking van het algoritme en die als taak heeft daarover uitleg te geven. Het verankeren van rechten, waarborgen en plichten in de wet heeft ontegenzeggelijk het voordeel dat een algemeen en bindend kader wordt geboden, waarop bestuur en bestuursrechter kunnen terugvallen. Zonder wettelijke spelregels zal de bestuursrechter in het kader van de hem voorgelegde zaken zo nodig bijdragen aan de rechtsontwikkeling en inhoud geven aan zijn opdracht tot rechtsbescherming. Hij zal daarbij terug kunnen vallen op grondrechten, de algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij normenkaders over algoritmische besluiten uit het buitenland als bron van inspiratie kunnen dienen.

Bijlage

Ongevraagd advies van de Afdeling advisering
van 31 augustus 2018 over de effecten van de
digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen

Inhoudsopgave bijlage

1. Mijn?DigitaleOverheid.nl – kern van het advies
 2. Groeiende zorg – burger in de knel
 3. Digitale besluitvorming – beginselen van behoorlijk bestuur
 - 3.1 Geautomatiseerde besluitvorming
 - 3.2 Zelflerende systemen
 - 3.3 Ketenbesluitvorming
 - 3.4 Overwegingen en advies – beginselen van behoorlijk bestuur
 4. Digitale dienstverlening – zinvol contact met de overheid
 - 4.1 Digitaal contact vanuit de overheid
 - 4.2 De Europese dimensie: Algemene verordening gegevensbescherming
 - 4.3 Toegang tot de overheid
 5. Digitalisering en wetgeving – dilemma's
 - 5.1 Digitalisering en wetgeving
 - 5.2 Eenheid van wetgeving
 - 5.3 Handreikingen voor de wetgever
 - 5.4 Wanneer kan wetgeving techniekonafhankelijk zijn?
 6. Tot slot
- Bijlage 1. Lopende wetgeving waarin digitalisering een rol speelt
- Bijlage 2. Initiatieven en voorstellen op Europees niveau
- Bijlage 3. Aangehaalde literatuur

1. Mijn?DigitaleOverheid.nl – kern van het advies

De samenleving is zich op alle mogelijke manieren aan het instellen op een wereld van digitale communicatie en gegevensverwerking; de zogenaamde iSamenleving. De overheid gaat daar volop in mee; zij heeft de ambitie een iOverheid te worden (zie paragraaf 2).

Vooralsnog geschiedt dat echter niet op een gecoördineerde wijze. Het gemak van het functioneren van de overheid staat voorop. Bij de implicaties daarvan voor de verhouding tussen overheid en burger wordt onvoldoende stilgestaan.

Tikkie door de overheid

Enkele overheidsdiensten maken zo nu en dan gebruik van de betalingsdienst “Tikkie”¹ Tikkie is een privaat ontwikkelde app. De gebruiker ontvangt een bericht met een link, dat hem in staat stelt te betalen met iDEAL. Het algemene advies is nu juist dat het niet veilig is om te klikken op een link die is opgenomen in een mail- of SMS-bericht. Tikkie wordt intussen gebruikt voor phishing-expedities om bankgegevens te achterhalen.²

Gevreesd moet daarom worden dat vooral de burger dreigt te worden opgezadeld met de risico's, het ongemak en de nadelen van het gebruik van deze nieuwe technieken door de overheid. Dit raakt echter de rechtsstatelijke verhouding van de burger tot zijn overheid, waarbij zijn positie en bescherming in het geding zijn.

In de onlangs aan de Staten-Generaal aangeboden Agenda Digitale Overheid, NL DIGIbeter,³ noemt de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het “beschermen van grondrechten en publieke waarden” als één van de vijf doelen. De vraag is hoe die doelen in de praktijk worden gerealiseerd.

Dit advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) gaat in op de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen. Het richt zich daarbij meer specifiek op de positie en de bescherming van de burger.⁴

1 Bijvoorbeeld <https://www.utrecht.nl/bestuur-en-organisatie/betaling-aan-de-gemeente>.

2 <https://www.fraudehelpdesk.nl/nieuws/naam-betaal-app-tikkie-misbruikt-phishing>.

3 Kamerstukken II 2017/18, 26 643, nr. 549, bijlage.

4 Dit advies is onder andere voorbereid in gesprekken met vertegenwoordigers van de Algemene Rekenkamer, de Nationale Ombudsman en de Autoriteit Persoonsgegevens, en van adviesraden die te maken hebben met digitalisering (in het bijzonder het Rathenau-instituut en de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), en met deskundigen van diverse ministeries, waaronder wetgevingsdirecties en uitvoeringsorganisaties. Voorts zijn de inzichten van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en van de Europese Vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechtelijke colleges benut.

De wijd verspreide digitalisering brengt fundamentele sociale en culturele versnellingen te weeg. Meer dan andere technologieën grijpt digitalisering diep in de overheid in en doet het de overheid van karakter veranderen (paragraaf 2).

Bij digitalisering van de besluitvorming (paragraaf 3) dreigt de burger in toenemende mate te worden geconfronteerd met besluiten die volautomatisch zijn genomen, zonder menselijke tussenkomst. Die burger kan niet meer nagaan welke regels zijn toegepast en het is niet meer vast te stellen of de regels ook werkelijk doen waarvoor ze bedoeld zijn. Ook dreigt de burger slachtoffer te worden van een robotachtige gelijkheid, waarbij geen oog meer bestaat voor de eigenheid van zijn situatie. Daarnaast dreigt hij geconfronteerd te worden met besluiten die berusten op profilering en statistische verbanden. Er is dan niet aangetoond dat de burger verwijtbaar heeft gehandeld; er is alleen een vermoeden op basis van algemene kenmerken. Er ontstaat een statistische werkelijkheid die afwijkt van de concrete feiten. Tenslotte dreigt de burger te worden geconfronteerd met besluiten die genomen zijn op basis van gegevens die van verschillende andere bestuursorganen zijn verkregen. Het valt dan niet meer na te gaan of de besluiten op basis van correcte gegevens zijn genomen. Bovendien zal de burger zelf aannemelijk moeten maken dat er een fout is gemaakt; in geval van fouten in het systeem moet hij zijn eigen "onschuld bewijzen".

Tegen die achtergrond adviseert de Afdeling om:

- de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering. Dat betekent onder meer dat in een besluit moet worden toegelicht welke beslisregels (algoritmen) zijn gebruikt en welke gegevens zijn overgenomen van andere bestuursorganen. Daarmee kan de positie van de burger bij geautomatiseerde en ketenbesluitvorming worden versterkt;
- maatwerk en "menselijke" heroverweging in de bezwaarfase van geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten te bevorderen.

Wat betreft de relatie tussen burger en overheid bij publieke dienstverlening (paragraaf 4) moet worden vastgesteld dat de wetgever onvoldoende voorzieningen treft voor de burger die geen weg weet in de digitalisering. De overheid probeert haar dienstverlening steeds verder te verfijnen, maar digitale dienstverlening dwingt, zeker indien het gaat om grote aantallen, tot standaardisering en automatisering van besluiten en uitvoering. Daardoor komt maatwerk (rekening houden met alle relevante feiten en omstandigheden) in de knel.

Tegen die achtergrond adviseert de Afdeling om:

- een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur – het recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid – nader te ontwikkelen en te operationaliseren.
- haar verantwoordelijkheid voor een effectieve uitvoering van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)⁵ waar te maken door bestuursorganen actief te ondersteunen in de operationalisering van de in de AVG neergelegde rechten en waarborgen, in het bijzonder het recht op inzage en correctie van gegevens (in ketens) van overheidsorganisaties.

In alle wet- en regelgeving die de afgelopen periode is gepasseerd wordt telkens op andere wijze antwoord gegeven op de rechtsstatelijke vragen die door digitalisering worden opgeroepen. Vaak ook ontbreekt het antwoord. Daar waar in de voorgaande paragrafen de positie van de burger centraal staat, komt in paragraaf 5 aan de orde de vraag of bepaalde rechtsstatelijke knelpunten kunnen worden opgelost door andere wetgeving en een andere wetgevingsprocedure.

De Afdeling adviseert tegen die achtergrond om:

- In algemene zin terughoudend te zijn met zogenoemd techniekonafhankelijk wetgeven;
- ICT en uitvoering vanaf het begin onderdeel te doen zijn van het (multi-disciplinair) voorbereiden van wet- en regelgeving en daar het wetgevingsproces op in te richten.

Bij de concrete adviezen, die hiervoor zijn samengevat, doet de Afdeling in de navolgende paragrafen nadere handreikingen voor de uitwerking. Adviezen zullen zich moeten vertalen in cultuur en werkwijze van de overheid. Dat geldt ook voor de wetgever: regering én parlement. De aanbevelingen van het parlementair onderzoek ICT-projecten bij de overheid (2014-2015) zijn naar de mening van de Afdeling onverminderd van belang.

Andere adviezen lenen zich voor uitwerking in en aanpassing van wetgeving, zoals de Algemene wet bestuursrecht (Awb), en van interne regelgeving, zoals de Aanwijzingen voor de regelgeving en het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving.

Een aantal adviezen kan worden gezien als aanzet tot uitwerking van de verantwoordelijkheid die de overheid heeft ingevolge de AVG. De overheid heeft een algemene verantwoordelijkheid om de werking van de AVG in de Nederlandse samenleving te bevorderen, maar is daarnaast ook verantwoordelijk voor de persoonsgegevens die zijzelf verwerkt (in de terminologie van de AVG is zij hier “verwerkingsverantwoordelijke”).

⁵ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad, 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, PB 2016, L 119.

De regering heeft aangegeven de Tweede Kamer jaarlijks te zullen informeren over het vervolg op de Agenda Digitale Overheid, NL DIGIbeter. De Afdeling beveelt de regering aan daarin verslag te doen van de opvolging van de verschillende hier gegeven adviezen.

2. Groeiende zorg – burger in de knel

De iSamenleving en iOverheid worden steeds meer een realiteit:⁶ een samenleving en een overheid die voor al hun functioneren structureel afhankelijk zijn van digitale technieken en waarbij dat functioneren ook steeds meer wordt bepaald door het gebruik van die technieken. Taalkundig is digitalisering weliswaar “slechts” de omzetting van gegevens (opgebouwd uit letters, cijfers en beelden) in digitale vorm, in nullen en enen (binair). In het spraakgebruik refereert het echter aan een groot aantal technologieën, zoals algoritmen, big data, digitale platformen, kunstmatige intelligentie, robotica, biometrie, persuasieve technologie, augmented reality (zoals Pokémon Go) en virtual reality. Digitalisering betreft ook niet alleen het verzamelen en uitwisselen van gegevens, hoezeer informatieproducten ook een belangrijke rol spelen. Het gaat veel breder om het vervangen van bestaande middelen, methoden en organisatievormen door nieuwe digitale werkwijzen, met vaak ingrijpende gevolgen.

Digitalisering doet zich overal voor; er is nauwelijks een gebied aan te wijzen dat er niet door geraakt wordt. Digitalisering heeft geleid tot een niet te bevatten toename van de hoeveelheid gegevens. Het geeft de mens beschikking over informatienetwerken die hem in staat stellen grote hoeveelheden gegevens te bewerken, te bewaren en te raadplegen. Digitalisering maakt het tevens mogelijk om binnen al die gegevens gericht te zoeken en gegevens te koppelen. Vermoedelijk duurt het niet lang meer voordat elk proces of product en elke dienst een digitale component bevat en op de een of andere manier verbonden is aan een digitaal netwerk. Steeds meer onderdelen uit de fysieke wereld krijgen een virtuele representatie. Daardoor ontstaat op steeds meer plekken een continue interactie tussen de fysieke wereld en de virtuele wereld, waarmee producten of diensten direct worden aangepast op basis van analyse van digitale gegevens. Er is een “online” wereld ontstaan naast de “offline” wereld, die elkaar beïnvloeden maar ook van elkaar kunnen verschillen en kunnen schuren (bijvoorbeeld digitale parkeerapp’s waarin de informatie soms afwijkt van het parkeerbord).

6 WRR, *iOverheid* 2011.

Technologische verandering is van alle tijden,⁷ maar het wordt steeds meer duidelijk dat digitalisering fundamentele sociale en culturele veranderingen teweeg brengt, waardoor ook belangrijke publieke waarden, zoals gelijke behandeling, privacy, autonomie en menselijke waardigheid, onder druk komen te staan.⁸

Het rapport Opwaarderen (Rathenau) bevat een grondige analyse met tal van voorbeelden, zoals het voorbeeld van een smart TV die permanent registreert waar, wanneer en hoe laat de TV aanstaat. Via een camera voor gezichtsherkenning en een microfoon voor spraakherkenning wordt gevoelige informatie doorgegeven aan derde partijen. Evenzo kunnen gegevens die in klassieke zin geen persoonsgegevens zijn via digitale technieken tot personen herleid worden. Daarnaast is het mogelijk om in databestanden persoonlijke kenmerken te detecteren of menselijk gedrag voorspelbaar te maken. Ook de menselijke autonomie wordt geraakt, wanneer een auto uitgerust met een slimme Internet-of-Things-sensor waarschuwt dat de brandstof op is en de chauffeur vervolgens via het navigatiesysteem naar een tankstation van een bepaald merk brengt. En de menselijke waardigheid komt in het geding bij de inzet van robots (robotica) voor het voeden en optillen van ouderen, waarbij de wederkerigheid van menselijke zorgrelaties ontbreekt.

Digitalisering schept nieuwe kwetsbaarheden in het maatschappelijk verkeer zoals beïnvloeding van het verkiezingsproces, cybercrime en verstoring van vitale functies (communicatienetwerken, ziekenhuizen, banken). Ook schept de digitale ontwikkeling nieuwe tegenstellingen in de samenleving of verscherpt zij bestaande, zoals tussen degenen die wel en die niet mee kunnen in de technische veranderingen en de complexe maatschappij. Dat hangt ook samen met verschillen in opleidingsniveau.⁹ Er is een grote groep burgers die in die digitalisering niet altijd meekomt. Dat zijn niet alleen ouderen en lager opgeleiden; soms zijn het ook ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf en zzp'ers. Binnen de economie zet het verschillen aan tussen diegenen die hun productiviteit steeds verder zien toenemen door de digitalisering, en anderen die daar niet van profiteren of wier arbeid overbodig wordt. Ontwikkeling van digitale technologie kan maatschappelijk onbehagen voeden. De digitale wereld is per definitie niet neutraal.

⁷ Zie o.a. Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur (RLI), *Technologie op waarde schatten*, 2017, Publicatie Rli 2017/01: "... de omgang met technologie [is] een balanceer act waarin aandacht nodig is voor het evenwicht tussen wendbaarheid en stabiliteit." (blz. 46).

⁸ Rathenau, *Opwaarderen* 2017.

⁹ Staatscommissie parlementair stelsel, *Probleemverkenning*, Kamerstukken II 2017/18, 34 430, nr. 5, bijlage, o.a. blz. 43-49 e.v.

De overheid is nauw betrokken bij deze maatschappelijke omwenteling; zij stimuleert en faciliteert die, zij ordent die waar mogelijk en nodig, en tracht kwetsbare waarden, zoals de persoonlijke levenssfeer en betrouwbaarheid te beschermen. De overheid doet op alle niveaus van bestuur volop mee in het gebruik van digitalisering voor het eigen functioneren. Communicatiesystemen, websites en databases worden in rap tempo opgetuigd door en voor de overheid; zowel om de besluitvorming en dienstverlening te "automatiseren" als om de productiviteit van het eigen functioneren te verbeteren. Digitalisering is tot in de haarvaten van de overheid doorgedrongen en bepaalt in toenemende mate het reilen en zeilen van organisaties, de professionals die er werken en de relaties die zij met burgers onderhouden. Maar digitalisering maakt niet alleen het functioneren van de overheid eenvoudiger en sneller, het verandert dat ook. Zo gaat digitalisering in de praktijk gepaard met standaardisering, uniformering en centralisering. Zo leidt digitalisering van de rechtsgang ertoe dat juridische procedures in het hele land op technisch niveau (zoals gebruik van standaarden) gelijkgeschakeld worden en dat de zeggenschap van gerechten over werkwijze en procedures navenant wordt beperkt. Men kan de informatie over de omgeving in het kader van de nieuwe Omgevingswet via websites beschikbaar willen maken, maar dat betekent dat plannen, vergunningen en de verzameling van gegevens landelijk op gelijke wijze moeten worden ingericht.

Digitalisering vergt een hoge mate van precisie. Iedere informatie of te beoordelen situatie of vaststelling moet tot 'zwart-wit' tegenstelling worden gereduceerd; dat is de essentie van het binair digitaliseren. Maar de werkelijkheid en al helemaal de werkelijkheid zoals die zich aan overheid en politiek voordoet, bestaat uit vele tinten grijs. Wetgeven en besturen (waaronder het uitvoeren van wetten) is rekening houden met feiten en omstandigheden, met niet te voorspellen en ambigue situaties. Regels en normen zijn een *gemiddelde* van de vele onderscheiden situaties waarop deze betrekking kunnen hebben. Het is aan de uitvoerende diensten om dat *gemiddelde* op de werkelijkheid toe te passen en te concretiseren. Maar digitalisering leidt als het ware tot het omgekeerde. De overheid moet de tinten grijs digitaal "vertalen". Een algoritme vergt een exacte nauwkeurigheid om te bepalen of situaties wel of niet onder een regel vallen. Toepassing van algoritmes kan dan ook vergen dat alsnog wordt nagegaan of de omstandigheden van het geval geen afwijking rechtvaardigen.

Er dreigt een vicieuze cirkel. Maatwerk, waar burgers en politiek om vragen, leidt tot verfijnde regels. Verfijnde regels maken de uitvoering complex. Complexiteit, zeker bij grote volumes, leidt tot automatisering van besluitvorming en uitvoering en dat vraagt weer om standaardisatie. Automatische besluitvorming en standaardisatie ondermijnen maatwerk.¹⁰

Precisie als kenmerk van digitalisering maakt het functioneren van de overheid ook kwetsbaar voor verschrijvingen en fouten. Eén letter verkeerd in een e-mailadres maakt de boodschap, het verzoek, het beroep of de brief onbestelbaar, waar de postbezorger over de fout heen kon lezen en de missive juist bestelde. De verhouding overheid-burger dreigt daardoor te verharderen en te verstarren. Maar wanneer fouten en onjuistheden in de bestanden zijn geslopen is het vanwege de gegevensuitwisseling binnen ketens en netwerken van overheidsorganisaties, nauwelijks nog mogelijk om de gevolgen daarvan terug te draaien. De gevolgen dreigen dan op burgers te worden afgewenteld.

Bij trajectcontroles in 2013 werden campers en auto's met een fietsenrek aangezien voor auto's met aanhangwagen. De camera's namen geen verschillende voertuigen waar, maar maten de lengte van voertuigen en vergeleken die met de lengte van het voertuigtype. Een praktische manier om de regeling te operationaliseren, maar in sommige gevallen met de verkeerde conclusie. Dat leidde tot de oplegging van boetes voor te hard rijden, want voor een auto met aanhangwagen geldt een lagere maximumsnelheid. Toen dit bleek, zag de Minister van Veiligheid en Justitie geen mogelijkheid om de ten onrechte opgelegde boetes uit eigen beweging te corrigeren. Burgers moesten daarvoor beroep instellen.¹¹

Digitalisering maakt dienstverlening aan burgers doelmatiger, sneller, beter, gedetailleerder en vaak veel uitgebreider, maar het betekent veelal ook dat het contact met de overheid daardoor verandert.

Informatie over de omgeving: wat er feitelijk op en in de grond te vinden is, maar ook de juridische situatie zoals weergegeven in omgevingsplannen en vergunningen, wordt via verschillende websites ontsloten. Maar de burger die informatie wil hebben, moet deze op internet zoeken. Hij kan vaak nog op het gemeentehuis terecht, maar de dienstverlening is daar steeds minder op ingesteld. Sommige gemeenten, zoals Hollands Kroon,

¹⁰ Zie ook Stevens, *Vertrouwen*, "Zo vragen de grootschaligheid en aard van de belastingheffing door de Belastingdienst dat de dienst een geautomatiseerde en gedigitaliseerde werkomgeving creëert. De daarmee gepaard gaande standaardisatie van werkprocessen impliceert evenwel het risico van een onpersoonlijk en vervreemdend systeem van uitvoering." (blz. 72).

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 29 398, nr. 390, bijlage.

hebben het gemeentehuis zelfs afgeschaft, al blijft er wel fysiek contact met de gemeente mogelijk.

Daarbij moet onderkend worden dat velen systematisch of incidenteel moeite hebben om digitaal contact met de overheid te onderhouden. De overheid maakt dat ook niet altijd makkelijk. Wat overheid heet, bestaat immers uit honderden organisaties die digitalisering niet allemaal op dezelfde manier aanpakken. Wat bij het ene bestuursorgaan standaard is, is bij een ander orgaan onmogelijk. De burger raakt daardoor het spoor bijster.

Tussenconclusie

Vooralsnog wordt de digitalisering bij de overheid vooral gedreven door het streven naar doelmatigheid, kostenbeheersing en aanpassing aan een samenleving die in vele opzichten ingrijpende verandert als gevolg van die digitalisering. De gevolgen, beperkingen en nadelen van de vorming van een iOverheid dreigen bij burgers en bedrijven te worden gelegd. De Nationale Ombudsman heeft in een reeks van publicaties¹² weergegeven hoe burgers op grote schaal in de knel zijn gekomen. Te weinig wordt daarbij ook onderkend dat digitalisering het functioneren van de overheid zelf verandert. Daarbij zijn de rechtsstatelijke positie van de burger en zijn rechtsbescherming in het geding. In het bijzonder gaat het daarbij om geautomatiseerde besluitvorming en geautomatiseerde dienstverlening van de overheid aan burgers.

Het aantal wetten en andere regels dat probeert greep te krijgen op de digitale wereld is de afgelopen jaren groot geweest; ook het aantal nog voorgenomen wetten en regels is omvangrijk.

Het voorstel van Wet digitale overheid (2018) is een voorbeeld van een regeling die de digitale overheid beoogt mede vorm te geven, de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer) is een voorbeeld van een wet die de gevolgen van digitalisering beoogt te incorporeren in bestaande (in casu Awb-) regels en voorzieningen, en het voorstel voor een Invoeringswet Omgevingswet (2018) bevat een voorbeeld van een beoogd nieuwe vorm van digitalisering van publieke dienstverlening (het Digitaal Stelsel Omgevingswet).¹³

Het aantal thans bekende voorstellen voor wetten en besluiten, inbegrepen (EU-) implementatiebesluiten die aanhangig zijn of worden, is meer dan dertig, variërend van een Cybersecuritywet tot een wijziging van de Zorgverzekeringswet in verband met een elektronische zorgpolis (bijlage 1).

¹² Nationale ombudsman, *Hoezo MijnOverheid?*, 2017, *Het verdwijnen van de blauwe envelop*, 2016, *Gevraagd: Maatwerk!*, 2015.

¹³ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nrs. 1-3.

Daarnaast levert de EU-strategie voor een digitale eengemaakte markt, los van de nodige harmonisatiematregelen op andere terreinen, ongeveer twintig nieuwe regelingen op (bijlage 2).

In al deze regelgeving komen dezelfde vragen over gevolgen voor burger, wetgever en overheid steeds terug. De vragen worden ad hoc en afwijkend, en evenzo vaak ook niet of nauwelijks, beantwoord.¹⁴ Naar het oordeel van de Afdeling behoeft dit rechtsstatelijk functioneren naar de burger toe aandacht en een coherente aanpak van de zijde van de regering, met onderkenning van de veranderingen die digitalisering in het functioneren van de overheid schept.

Hierna analyseert de Afdeling eerst de digitalisering van de besluitvorming (paragraaf 3), vervolgens digitalisering en dienstverlening (paragraaf 4) en tot slot digitalisering en wetgeven (paragraaf 5). Bij elke paragraaf komt de Afdeling tot een aantal adviezen die aldaar nader worden uitgewerkt.

3. Digitale besluitvorming – beginselen van behoorlijk bestuur

Automatisering is steeds belangrijker geworden bij overheidsbeslissingen. In het navolgende behandelt de Afdeling drie situaties: geautomatiseerde besluitvorming (3.1), big data en zelflerende systemen (3.2), en ketenbesluitvorming (3.3).¹⁵

3.1 Geautomatiseerde besluitvorming

Overheidsbesluiten worden steeds vaker genomen op basis van algoritmen, dat wil zeggen: beslisregels,¹⁶ die door middel van software door computers

-
- 14 Zie bijvoorbeeld de drie adviezen die de Afdeling kort geleden heeft uitgebracht:
- het advies van 15 maart 2018 over het voorstel van Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, dat vooral ingaat op de verhouding tussen burger en overheid (W04.17.0190, nog geen nader rapport),
 - het advies van 3 mei 2018 over het voorstel van Wet digitale overheid, dat voorlopig alleen regels geeft over het inloggen bij de overheid en over het gebruik van open standaarden (W04.17.0400, Kamerstukken II 2017/18, 34 972, nr. 4).
 - het advies van 22 december 2017 over het voorstel van invoeringswet Omgevingswet, Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, punten 12-16.
- 15 In al deze situaties vindt geautomatiseerde verwerking van gegevens plaats. Hierna worden verschillende voorbeelden gegeven om inzicht te krijgen in de aard van de problematiek. Gegeven het perspectief van de burger, die hier centraal staat, wordt ingegaan op het gebruik van algoritmen bij de verwerking van persoonsgegevens, niet op de juridische status van algoritmen in het algemeen.
- 16 Een beslisregel vormt de formele vertaling van een rechtsregel voor concrete toepassing. Zo komt kiesrecht toe aan iedereen van achttien jaar en ouder. Dit recht kan worden vertaald in een beslisregel volgens het als-dan-schema: als 18 jaar of ouder dan kiesrecht. De meeste beslisregels zijn aanzienlijk complexer. Beslisregels kunnen worden gebruikt als tussenstap om regels in menselijke taal te vertalen naar computersoftware.

worden uitgevoerd. Algoritmen kunnen ondersteuning bieden aan een mens bij het nemen van een beslissing; de eenvoudigste vorm is die van een rekenprogramma. Ook burgers kunnen er soms gebruik van maken, zoals bij de elektronische aangifte van inkomstenbelasting. Algoritmen kunnen ook gebruikt worden om een besluit geheel geautomatiseerd te nemen, zonder menselijke tussenkomst.

De inzet van algoritmen voor besluitvorming kan enorm efficiënt zijn; de computer kan vele malen sneller en nauwkeuriger gegevens verwerken dan de mens. Overheidsorganisaties die grote aantallen besluiten moeten nemen voor min of meer exact te omschrijven situaties (ook wel oneerbiedig aangeduid als “beschikkingenfabrieken”) kunnen niet om algoritmen heen. Toch is het gebruik van algoritmen niet zonder problemen.

Het eerste probleem ontstaat doordat algoritmen door middel van een programmeertaal worden omgezet in machinetaal voor computers. Het is voor niet-ICT-specialisten niet mogelijk te controleren of de omzetting van algoritmen in een programmeertaal foutloos en nauwkeurig is gegaan, laat staan of de omzetting naar machinetaal goed is verlopen. Daarbij maken algoritmen gebruik van – soms grote aantallen – gegevens, die ontleend kunnen zijn aan diverse andere bronnen. Burgers kunnen de behoefte voelen die gegevens te controleren, maar het kan zeer bewerkelijk zijn om alle gegevens beschikbaar te stellen, terwijl daarmee niet altijd een redelijk doel is gediend. Over dit probleem – in wezen de vraag naar openbaarheid en transparantie – is in de jurisprudentie meer duidelijkheid gegeven.

Praktijkvoorbeeld

Kwesties met algoritmen speelden bij de uitgifte van vergunningen aan agrarische bedrijven om stikstof uit te stoten. Een vergunning werd verleend als de uitstoot geen significante verslechtering betekende voor stikstofgevoelige natuurwaarden in zogeheten Natura 2000-gebieden. Gedeputeerde staten gaven de vergunning uit; zij waren wettelijk verplicht daarbij gebruik te maken van een rekenprogramma van de Minister, AERIUS. De Afdeling bestuursrechtspraak stelde vast dat belanghebbenden geen inzicht hadden in de manier waarop AERIUS tot haar berekeningen kwam. Daardoor konden zij niet controleren op welke basis tot een bepaald besluit werd gekomen en of de zekerheid bestond dat het project de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zou aantasten. De rechter was van oordeel dat de verantwoordelijke bewindspersonen verplicht waren 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 voor derden toegankelijk zouden zijn en reële rechtsbescherming mogelijk zou worden. Nu dat niet was gebeurd, was de

bestreden vergunning naar het oordeel van de rechter onvoldoende gemotiveerd.¹⁷

In een recente uitspraak over de Blankenburgtunnel heeft de rechter de norm voor de verstrekking van achterliggende gegevens verder verfijnd. Ook deze uitspraak ging over AERIUS. De rechter maakte een onderscheid tussen standaardinvoergegevens (zoals kaarten en vaste rekenmodules) en maatwerkgegevens die het bestuursorgaan zelf moet invoeren (zoals verkeersintensiteit, mate van congestie en de geldende snelheidslimiet). Het bestuursorgaan moet de maatwerkgegevens – zowel gegevens op papier als elektronische gegevens – uit eigen beweging op papier of “anderszins waarneembaar” overleggen, zodat belanghebbenden de procedure kunnen benutten om de juistheid van de gebruikte gegevens inhoudelijk te kunnen betwisten. Het bestuursorgaan hoeft de standaardgegevens niet uit eigen beweging openbaar te maken, maar moet dat wel doen als belanghebbenden daarom verzoeken. Van belanghebbenden kan worden gevergd dat zij tijdig aangeven welke specifieke gegevens zij nodig hebben.¹⁸ Met deze uitspraak heeft de rechter een balans gezocht tussen transparantie en onevenredig zware bestuurslasten.

Het tweede probleem is dat regels in natuurlijke taal lang niet altijd een op een kunnen worden vertaald in een algoritme. Regels zijn per definitie abstract, bedoeld om op een verscheidenheid van situaties te worden toegepast. Zij zijn geschreven met een aantal standaard kenmerken voor ogen, maar ze moeten met onderscheidend vermogen worden toegepast in een veelheid aan situaties. Een regel moet eerst worden geïnterpreteerd voordat zij kan worden toegepast. Hoe dat het beste kan worden gedaan – welke interpretatiemethode moet worden toegepast en met welk resultaat – is niet vooraf en in het algemeen te zeggen. Dat hangt af van allerlei kennis van de regel – kennis die vaak alleen impliciet aanwezig is in de hoofden van juristen of van de maatschappelijke doelgroep van de regel – en kennis van de werkelijkheid. Algoritmen daarentegen zijn bedoeld om van toepassing te zijn in situaties met geprogrammeerde kenmerken; zij negeren alle verdere omstandigheden. Algoritmen kunnen geen rekening houden met impliciete kennis, met de noodzaak om de regel te interpreteren en met de noodzaak om alle omstandigheden van het geval mee te wegen. Zij worden geacht uitputtend te zijn. In de uitvoeringspraktijk is dat lang niet altijd mogelijk en verantwoord.

17 Afdeling Bestuursrechtspraak 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (Stichting Werkgroep Behoud de Peel tegen gedeputeerde staten van Noord-Brabant), r.o. 14.3, 14.4 en 24.3. In deze uitspraak werden een aantal rechtsvragen voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EU.

18 Afdeling Bestuursrechtspraak 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.2–23.5.

De AVG bepaalt dat geautomatiseerde besluitvorming (inclusief profilering), zonder menselijke tussenkomst, in beginsel niet is toegestaan. Wel wordt een uitzondering gemaakt voor geautomatiseerde besluitvorming die berust op een wettelijke grondslag, mits daarbij wordt voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene.¹⁹ De Uitvoeringswet AVG bevat daartoe een algemene wettelijke grondslag maar die voorziet slechts in een beperkte normering; geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan als deze noodzakelijk is om aan een wettelijke verplichting te voldoen of om een taak van algemeen belang te vervullen. Dat betekent dat in de praktijk nader zal moeten worden bepaald wanneer geautomatiseerde besluitvorming, gelet op de uitvoering van publieke taken, noodzakelijk en proportioneel is. Bovendien zal op grond van de AVG moeten worden geconcretiseerd welke passende maatregelen gelden ter bescherming van de burger. In dat verband is de vraag of de waarborgen en beginselen die al gelden op grond van de Awb toereikend zijn of dat met het oog op de bijzondere aard van geautomatiseerde besluitvorming aanvullende waarborgen nodig zijn.

De Uitvoeringswet AVG bevat geen algemene wettelijke basis voor profilering.²⁰ De wetgever zag voor een algemene grondslag geen rechtvaardiging omdat bij profilering, meer dan bij geautomatiseerde besluitvorming in algemene zin, zich het risico voordoet van discriminatie.²¹ Op profilering gebaseerde besluitvorming zonder menselijke tussenkomst is daarom alleen mogelijk als een bijzondere wet daarvoor de grondslag biedt. Dit betekent dat nagegaan zou moeten worden op welke plaatsen binnen de overheid op profilering gebaseerde besluitvorming plaatsvindt en zo ja, of daarvoor gelet op de AVG een bijzondere wettelijke grondslag bestaat die als rechtvaardiging kan dienen. Voor zover dat het geval is, zal tevens moeten worden voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de betrokkene. Ook hier zal de vraag zijn in hoeverre de Awb, gelet op de bijzondere risico's van profilering, toereikende bescherming biedt.

3.2 Zelflerende systemen

Het gebruik van algoritmen vormt steeds vaker de aanleiding voor controlerend of handhavend overheidsoptreden. Daarbij zijn verschillende gradaties mogelijk.

19 Artikel 22, eerste lid, en tweede lid, onder b, van de AVG.

20 Artikel 40 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming.

21 Dat hangt samen met het feit dat bij profilering door middel van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens persoonsprofielen worden opgesteld op grond waarvan analyses worden gemaakt van of voorspellingen worden gedaan over iemands gedrag, beroepsprestaties, gezondheid of persoonlijke voorkeuren. Daarbij doet zich het risico voor dat bij individuele besluiten generieke kenmerken van een bepaalde groep (bijvoorbeeld mensen die wonen in een gebied met een bepaalde postcode) worden toegeworpen aan een individu die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben.

De eenvoudigste vorm is die waarbij gegevensbestanden tegen elkaar worden afgedraaid om tegenstrijdigheden in het concrete geval te achterhalen.

Dat kan objectief zijn (betrokkene heeft uit een opdracht meer verdiend dan het jaarinkomen dat hij heeft opgegeven) of het kan aanleiding geven voor twijfel of verdenking (het waterverbruik op het opgegeven woonadres is zo laag dat het adres onbewoond lijkt te zijn).

Computers kunnen daarnaast op basis van grote hoeveelheden gegevens ("big data") op zoek gaan naar statistische verbanden. Een eenvoudig voorbeeld is dat iemand geweigerd wordt voor een levensverzekering, niet omdat hij aan een ziekte lijdt of ongezond leeft, maar omdat hij op grond van algemene kenmerken (leeftijd, geslacht, beroep) een statistisch verhoogd risico op aandoeningen loopt.

Bij deze eerste twee vormen onderzoekt de computer alleen wat de menselijke gebruiker hem op een bepaald moment concreet vraagt. Computers kunnen ook de opdracht krijgen continu naar statistische verbanden te zoeken, daar steeds meer inzicht in te krijgen, en zich zelf zo nodig te corrigeren, naarmate meer data beschikbaar komen. De uitkomsten van dit rekenwerk kunnen als basis dienen voor overheidshandelen.

Het analyseren van grote verzamelingen data, al dan niet met deep learning/zelflerende systemen hebben ontegenzeggelijk nut, maar het kan ook ongewenste resultaten hebben, waaronder onterechte uitsluiting of discriminatie. In de praktijk wordt vaak gesproken over big data. Doorgaans worden hier onder verstaan gegevensverzamelingen die dermate groot of complex zijn dat deze niet meer door gebruikelijke database systemen kunnen worden verwerkt en tegelijkertijd uit verschillende bronnen afkomstig zijn. De in deze paragraaf geschetste gevaren bij het gebruik van grote verzamelingen data gelden uiteraard ook, zo niet meer, voor het gebruik van big data.

Profileren als voorbeeld

De mogelijke gevaren bij het gebruik van grote verzamelingen data, kunnen goed geïllustreerd worden bij profilering om personen in kaart te brengen met een verhoogd risico. Dit kan er immers toe leiden dat algemene kenmerken worden toegerekend aan het individu. Zo adviseerde de Afdeling in 2008 over de wettelijke regeling van de Verwijsindex risicjongeren. Deze index is bedoeld om risicosignalen van professionals over jongeren in een vroegtijdig stadium samen te brengen, zodat hulpverleners beter kunnen samenwerken. Signalen die moeten worden gemeld zijn bijvoorbeeld mishandeling, verwaarlozing, verslaving, veelvuldig schoolverzuim en minderjarige zwangerschap. Het meldingskader is zeer ruim: in de praktijk zal er een overdaad aan gegevens worden verzameld, met averechtse gevolgen voor de bruikbaarheid en doelmatigheid van het systeem zelf. Het risico is dat elke jongere die in de

verwijsindex staat genoteerd, wordt gezien als een potentieel gevaar.²² In 2014 adviseerde de Afdeling over de invoering van het Systeem Risico Indicatie. Met dat systeem kreeg het Ministerie van Sociale Zaken de mogelijkheid om diverse soorten bestanden met gegevens van burgers tegen elkaar uit te draaien voor het opsporen van fraude met belastingen of sociale uitkeringen. Dit past bij de inzet van deep learning en zelflerende systemen, die er immers op gericht zijn zo veel mogelijk verbanden te onderzoeken zonder aannamen vooraf. De keerzijde is dat de gegevens die er onder vallen in een aantal gevallen diep kunnen ingrijpen in iemands persoonlijke levenssfeer. De opsomming van gegevens is zo ruim dat er nauwelijks een persoonsgegeven te bedenken is dat er niet onder valt. De opsomming lijkt niet bedoeld om in te perken, maar om zoveel mogelijk armslag te hebben.²³

Het gebruik van big data zet de traditionele beginselen van gegevensbescherming zoals doelbinding en noodzakelijkheid onder druk. De AVG beschermt diezelfde beginselen en stelt daarnaast onder meer eisen aan het profileren van burgers (zie ook hiervoor, paragraaf 3.1).²⁴ Op de overheid rust de verplichting om modaliteiten te ontwikkelen die een toepassing van de AVG mogelijk maken die is toegespitst op een verantwoord gebruik van big data. Daaraan kan bijdragen dat de door de AVG verlangde bescherming wordt ingebouwd in de technologie voor het verwerken van big data waarvan zijzelf gebruik maakt. Daartoe bevat de AVG ook een zelfstandige verplichting.²⁵

Causaliteit

Bij verschijnselen als “deep learning” en “zelflerende systemen” gaat het om algoritmen die niets anders doen dan statistische verbanden zoeken. Zo’n statistisch verband of correlatie wijst op een verhoogde waarschijnlijkheid dat er ook feitelijk een verband is. Daarmee staat niet vast dat er een verband is en zo ja, hoe dat verband eruitziet. Als bij wetenschappelijk onderzoek een correlatie zichtbaar wordt, is het de taak van de onderzoeker om de aard van het verband te duiden. Het is een – helaas hardnekkig bestaand –

22 Advies van 17 oktober 2008 over het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet op de jeugdzorg in verband met de introductie van een verwijsindex waarin jeugdigen kunnen worden gemeld die bepaalde risico’s lopen (verwijsindex risico’s jeugdigen), W13.08.0265, Kamerstukken II 2008/09, 31 855, nr. 4, punt 1. De verwijsindex wordt nu geregeld in hoofdstuk 7 van de Jeugdwet.

23 Advies van de Afdeling van 15 mei 2014 over het ontwerpbesluit houdende regels voor fraudeaanpak door gegevensuitwisselingen en het effectief gebruik van binnen de overheid bekend zijnde gegevens (Besluit SyRI), W12.14.0102, Staatscourant 2014, nr. 26306, punt 1a.

24 WRR, *Big data in een in een vrije en veilige samenleving*, blz. 10-11. Advies van de Afdeling van 10 oktober 2017 over de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4. Kranenborg & Verhey, *De AVG*, 2018, blz. 12.

25 Zie in dit verband ook artikel 25 AVG.

misverstand om een correlatie gelijk te stellen aan een causale relatie, waar (wettelijke) regels op doelen.

Deep learning – zelflerende systemen

Bij het werken met deep learning-technieken loopt de Belastingdienst voorop: die bezit een enorme hoeveelheid data over personen in Nederland en heeft een spilfunctie in veel samenwerkingsverbanden, zoals die van het Systeem Risico Indicatie. Daarnaast gebruiken ook sommige gemeenten algoritmen om mogelijke gevallen van bijstandsfraude te selecteren. Het algoritme kijkt naar allerlei gegevens, zoals geboortedata, gezinssamenstelling, uitkeringsverleden en gegevens van de Belastingdienst, het kadaster en de Dienst wegverkeer. In totaal gaat het om twee- tot driehonderd variabelen over een periode van 25 jaar; data waarin een mens niet zo snel verdachte patronen ziet maar de computer wel.²⁶ Deze aanpak is in overeenstemming met rijksbeleid voor “data-gestuurd handhaven”.²⁷

De term “zelflerend” is verwarrend en misleidend: een algoritme kent en begrijpt de werkelijkheid niet. Er zijn voorspelalgoritmen die inmiddels redelijk accuraat zijn in het voorspellen van de uitkomst in een rechtszaak. Ze doen dat echter niet op basis van de inhoudelijke merites van de zaak. Ze kunnen hun voorspellingen dan ook niet juridisch deugdelijk motiveren, terwijl dat wel voor elke juridische procedure voor elk afzonderlijk geval vereist wordt.²⁸

Het omgekeerde geldt ook: de menselijke gebruiker van zo’n zelflerend systeem begrijpt niet waarom het systeem concludeert dat er een verband is. Een bestuursorgaan dat zijn handelen (mede) baseert op zo’n systeem kan zijn optreden niet goed verantwoorden en zijn besluiten niet goed motiveren.

3.3 Ketenbesluitvorming

Op steeds grotere schaal worden tussen overheidsorganisaties gegevens uitgewisseld. Hiervoor worden informatie-structuren tot stand gebracht om uitwisseling van informatie en gegevens te faciliteren. Een voorbeeld van een dergelijke informatie-structuur is het stelsel van basisregistraties, waarvan de Basisregistratie Personen deel uitmaakt. Doel van een basisregistratie is bestuursorganen snel, efficiënt en grootschalig te voorzien van betrouwbare gegevens. Bepaalde gegevens in zo’n basisregistratie zijn bij wet aangemerkt als authentiek. Zulke gegevens hoeven burgers maar één keer aan de overheid te verschaffen (“eenmalige gegevensuitvraag”). Andere bestuursorganen dienen zo’n authentiek gegeven op te vragen in de basisregistratie die de authenticiteit bewaakt (“verplicht gebruik”).

²⁶ Aanhangsel Handelingen II 2017/18, nr. 2239. NRC Handelsblad 8 april 2018.

²⁷ Kamerstukken II 2017/18, 17 050, nr. 541.

²⁸ Prakken, *NJB* 2018, blz. 269-274.

Het stelsel van basisregistraties is één van de informatiebronnen binnen de overheid, maar er zijn er nog meer. Door de “vernetwerking” binnen de overheid komt het steeds vaker voor dat een bestuursorgaan een (geautomatiseerd) besluit neemt op basis van gegevens die automatisch zijn ontleend aan andere bestuursorganen. Zo’n besluit kan op zijn beurt weer worden doorgegeven aan een ander bestuursorgaan, dat het gegeven weer kan gebruiken voor het nemen van volgende besluiten.

Gebruik van informatienetwerken voor besluitvorming is nuttig: het verhoogt de kans dat gegevens correct zijn en het is meestal efficiënt voor overheid en burgers. Maar het is niet zonder risico voor de burger. Gegevens hebben soms een betekenis die afhangt van de context waarin ze worden gebruikt. Bij het koppelen van gegevens wordt daar niet altijd rekening mee gehouden. Bovendien kan een foutief gegeven worden doorgegeven in de keten en gaat dan een eigen leven leiden. Uiteindelijk kan de burger het zicht verliezen op de gegevens die binnen de overheid over hem worden verzameld en doorgegeven.

Het gegevensbeheer binnen de overheid is voor de burger niet altijd te volgen. Gegevens van burgers worden in grote hoeveelheden en volautomatisch doorgegeven tussen bestuursorganen. Dat gaat meestal goed, maar soms gaat er iets fout. Sommige gegevens veranderen van karakter als ze uit hun context worden gehaald. En als een gegeven onjuist in de keten wordt doorgegeven, is het vrijwel onuitroeibaar. De burger wordt dan – soms jaren later – geconfronteerd met onbedoelde gevolgen, die bijna niet meer zijn terug te draaien.

Context van gegevens

Van Eck beschrijft in haar proefschrift hoe de Sociale Verzekeringsbank (SVB) besluiten over kinderbijslag neemt. De ouders doen geboorteaangifte bij de Basisregistratie personen in de gemeente waarin zij wonen. De SVB ontvangt de aangifte en het woonadres, en nodigt de ouders uit een aanvraag kinderbijslag te doen. Een van de wettelijke vereisten is dat de ouders ingezetene in Nederland moeten zijn. Het begrip ingezetene gaat, voor het recht op kinderbijslag, uit van een ander woonadresbegrip dan in de Basisregistratie personen. Niettemin neemt de SVB in de meeste gevallen woonadresgegevens over uit de Basisregistratie Personen. Is eenmaal kinderbijslag toegekend, dan wordt dit gegeven doorgegeven aan de Belastingdienst, die het benut voor het toekennen van kindertoeslag. Soortgelijke problemen doen zich voor bij een begrip als “inkomen”, dat in diverse regelingen telkens andere betekenissen heeft. Al jaren wordt gestreefd naar harmonisatie, maar dat is nog niet volledig gelukt.²⁹

29 Van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* 2018, blz. 248-249.

Het komt er bovendien bij al dit soort voorbeelden op neer dat in geval van fouten in het systeem de burger de gemaakte fout moet bewijzen. Effectieve rechtsbescherming is vanzelfsprekend van groot belang. Echter, de huidige Algemene wet bestuursrecht is opgehangen aan de gedachte van het individuele besluitbegrip. Daarmee werd oorspronkelijk bedoeld dat per individueel geval een afweging wordt gemaakt en aan de hand daarvan een besluit wordt genomen. Inmiddels blijkt echter dat meer dan de helft van de beschikkingen niet meer op deze wijze tot stand komt en daarin speelt automatisering een grote rol. Besluiten zijn dan vaak uitkomst van deelstappen in een keten en afhankelijk van data van andere organen dan van het bestuursorgaan dat het besluit neemt.

Het gebruik van ketens bij het nemen van overheidsbesluiten roept ook problemen op met controle, verantwoordelijkheid en verantwoording.³⁰ In theorie lijkt het eenvoudig: de AVG wijst altijd een bestuursorgaan aan dat "verwerkingsverantwoordelijke" is. Dat orgaan zal de verantwoordelijkheid moeten dragen voor het algoritme dat, en de gegevens die, aan het besluit ten grondslag liggen. In de praktijk lukt dat niet altijd. Bij ketensamenwerking bestaat meestal geen formele hiërarchie. Dat maakt het lastig om één bestuursorgaan daadwerkelijk aan te spreken op het resultaat dat uit de keten komt, inclusief de werkzaamheden van programmeurs. Burgers hebben mede hierdoor er niet of nauwelijks zicht op hoe de informatienetwerken van de overheid lopen, welke persoonsgegevens zich in de verschillende netwerken bevinden en welke bestuursorganen daar gebruik van maken. De door de AVG aan burgers toegekende rechten bieden in dat geval geen of weinig effectieve rechtsbescherming.

Vertrokken onbekend waarheen

Esther wordt uitgeschreven door haar gemeente omdat ze een deel van het jaar in het buitenland is en te weinig in haar woning verblijft. Ze krijgt de status "vertrokken onbekend waarheen." De gemeente ziet geen mogelijkheid om haar opnieuw in te schrijven; ze past simpelweg niet in het systeem. De gevolgen van de uitschrijving, met status "vertrokken onbekend waarheen", zijn groot. Haar bedrijf is automatisch uitgeschreven bij de Kamer van Koophandel, ze bouwt geen AOW meer op, ze is uit haar ziektekostenverzekering gegoooid, paspoort aanvragen zonder adres is niet mogelijk, en ook het kopen van een auto blijkt lastig. Niemand lijkt het probleem voor haar te kunnen oplossen, hiervoor is eerst aanpassing van wetgeving nodig: die is niet berekend is op mensen die veel reizen, vooral naar het buitenland.³¹

³⁰ Zie o.a. onderzoek Algemene Rekenkamer, *Basisregistraties*, 2014.

³¹ Widlak & Peeters, *De Digitale Kooi* 2018, blz. 67-70.

Staat een gegeven eenmaal fout in het netwerk, dan kan het voor de burger problematisch zijn om het gegeven te laten herstellen. Dit is het gevolg van de grote hoeveelheid aan verknoopte informatiestromen binnen de overheid. Bestuursorganen missen vaak, ondanks de op grond van de AVG bestaande verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de gegevens, de kennis en de praktische mogelijkheden om gegevens binnen het netwerk te corrigeren en lijken bij herstelproblemen veelal naar elkaar te wijzen. De systemen van de overheid zijn ingesteld op het automatisch doorgeven van grote aantallen gegevens ter ondersteuning van de overheidstaak; zij zijn nooit gebouwd op het corrigeren van fouten in individuele gevallen. De AVG verplicht de overheid om daarin verandering te brengen; deze bepaalt dat iedere ontvanger aan wie persoonsgegevens zijn verstrekt, in kennis moet worden gesteld van elke rectificatie of wissing van persoonsgegevens, tenzij dit onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning vergt.³² De overheid zal nader moeten bepalen hoe deze verplichting effectief kan worden uitgevoerd.

Auto op papier niet gestolen

Harold doet aangifte van diefstal van zijn rijbewijs. Toch worden er daarna, met gebruikmaking van het gestolen rijbewijs, 140 auto's op zijn naam gezet, waarmee ook overtredingen worden begaan. Hij moet 11.000 euro aan boetes betalen of anderhalf jaar de gevangenis in. Uiteindelijk zit hij achttien dagen vast voor hij vrijkomt. Door zijn verblijf in de gevangenis verliest hij zijn baan. Pas na zestien jaar haalt de Dienst wegverkeer de auto's van zijn naam en worden de boetes kwijtgescholden.³³

De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties richt in 2010 een Centraal Meld- en informatiepunt Identiteitsfraude en -fouten op.

Nog altijd levend

Dat gegevensverwerking binnen ketens niet altijd soepel loopt, blijkt pijnlijk als iemand overlijdt. Sommige bestuursorganen blijven berichten versturen aan de overledene, omdat zij het overlijden niet hebben doorgerekend uit de Basisregistratie personen, of omdat zij de melding niet goed hebben verwerkt. Nabestaanden blijken moeite te hebben om een bestuursorgaan te vinden dat dit probleem voor hen oplost. De regering heeft beloofd het probleem op te lossen, maar zij erkent dat dat complex is.³⁴

De datum van overlijden is aangemerkt als een authentiek gegeven, zodat burgers er op moeten kunnen vertrouwen dat een correct opgegeven

³² Artikel 19 AVG.

³³ Afdeling Bestuursrechtspraak 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4937; rechtbank Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4231. Voor een vergelijkbaar geval, zie Widlak & Peeters, *De digitale kooi* 2018, blz. 27-29. Zie ook Europees Hof voor de Rechten van de Mens 14 februari 2012, no. 7094/06, LJN: BW2721 (Romet tegen Nederland).

³⁴ Aanhangsel Handelingen II, 2017/18, nr. 2606.

overlijdensdatum op relevante momenten op de juiste plaats bij de overheid bekend is.

3.4 Overwegingen en advies – beginselen van behoorlijk bestuur

De hierboven geschetste ontwikkelingen geven aan dat de digitalisering niet alleen veel voordelen heeft, maar ook de nodige risico's met zich brengt. Zo is het bij een verder gaande digitalisering denkbaar dat de burger in toenemende mate geconfronteerd wordt met besluitvorming waarvan niet meer na valt te gaan welke regels zijn toegepast en niet meer vastgesteld kan worden of de regels ook daadwerkelijk doen waarvoor ze bedoeld zijn. Voorts is het denkbaar dat hij wordt geconfronteerd met besluiten die berusten op profilering en correlaties, waarbij een rechtsgeldige causaliteit ontbreekt. En tenslotte dat hij geconfronteerd wordt met besluiten en een informatienetwerk van de overheid waarin niet meer valt na te gaan of de besluiten op basis van de correcte gegevens zijn genomen, en waarbij hij bovendien zelf moet aantonen dat er een fout is gemaakt. De Afdeling acht het dan ook van belang dat de overheid zich over de hele linie bewust is van deze risico's en hier tijdig en adequaat op inspeelt.

In een aantal publicaties wordt wel gepleit voor nieuwe of specifiek ICT gerelateerde rechten.³⁵ De Afdeling meent dat de (bestaande) beginselen van behoorlijk bestuur, in samenhang gezien met de AVG, op zichzelf al de nodige richting kunnen geven indien bestuursorganen deze op een juiste wijze interpreteren en toepassen in de relatie tussen burger en digitale overheid. Daar waar in algemene zin de wet onvoldoende de rechtspositie van burgers bepaalt, bieden deze beginselen immers "compensatie". Bij een verder gaande digitalisering van de overheid, waar de wetgever (zoals is gebleken) stevig mee worstelt, kan deze compenserende werking van extra belang zijn. De Afdeling wijst in het bijzonder op het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Hierna wordt dit nader uitgewerkt.

Het *motiveringsbeginsel* kan zo worden uitgewerkt dat in een besluit aan de burger toegankelijk moet worden toegelicht of, en zo ja welke, automatische beslisregels zijn gebruikt, en moet worden toegelicht of het besluit mede voortbouwt op (geautomatiseerde) besluiten of gegevens van andere bestuursorganen eerder in de keten.³⁶ Deze uitwerking kan vorm krijgen in de bestuurspraktijk en in de jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters.

³⁵ Bijvoorbeeld Widlak & Peeters, *De Digitale Kooi* 2018, blz. 105-125.

³⁶ Zie in dit verband artikel 13, eerste lid, onderdeel f, en artikel 14, tweede lid, onderdeel g, van de AVG. Op grond van deze bepalingen dient het bestuursorgaan informatie te verstrekken over de "onderliggende logica" van verwerkingen van persoonsgegevens en over de voor de burger te verwachten gevolgen daarvan. Zie voorts artikel 15, eerste lid, onderdeel h, AVG in het kader van het recht op inzage.

Daarnaast kan het voorgaande ook aanleiding vormen om criteria te ontwikkelen voor (soorten van) besluiten die niet automatisch – zonder menselijke tussenkomst – tot stand mogen komen.

Het is lastig om over deze vraagstukken heel stellige uitspraken te doen. Veel vormen van algoritmen (beslisregels) zijn zo omvangrijk of “technisch” dat openbaarmaking onuitvoerbaar maar evenzeer beperkt nuttig is voor individuele burgers. Automatische besluitvorming is voor goede dienstverlening aan burgers in veel gevallen noodzakelijk. Indien het om grote aantallen gaat – honderdduizenden tot miljoenen per maand bij bijvoorbeeld toekenning van toeslagen en uitkeringen, maar ook al bij maandelijks duizenden bij verkeersovertredingen – is de vraag of een verplichting tot het overwegen van maatwerk in elk individueel geval niet op voorhand onuitvoerbaar is. Criteria voor soorten besluiten die niet automatisch tot stand mogen komen zouden daarom betrekking hebben op voor burgers zwaar ingrijpende kwesties. Het criterium “zwaar ingrijpend” vergt nadere definiëring. De Afdeling denkt niet aan een subjectieve invulling, bijvoorbeeld in de richting van “voor burgers grote gevolgen”, maar aan een meer objectiveerbare invulling, bijvoorbeeld wanneer de integriteit van het menselijk lichaam, de privacy en het familie- en gezinsleven werkelijk worden geraakt. Voorts kan gedacht worden aan onomkeerbare besluiten met aantoonbaar ingrijpende financiële gevolgen voor een burger of een onderneming.

Het ligt daarnaast in de rede om bij geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten in de fase van bezwaar, door een burger tegen een voorgenomen besluit, ruimte te maken voor een nadere individuele afweging door menselijke tussenkomst, en dus: niet geautomatiseerd en ook niet formalistisch-juridisch. De bedoeling van de bezwaarfase – een materiële heroverweging van het voorgenomen besluit – kan dan tot zijn recht komen.

Aan het “leveren” van maatwerk uitsluitend bij het beoordelen van een bezwaarschrift, kleven ook risico’s. Voor overheidsorganisaties kunnen grote aantallen bezwaarprocedures bewerkelijk zijn. Voor burgers kan het een extra drempel zijn en waarschijnlijk voor de minst vaardige burgers een hoge. Lang niet alle burgers beschikken immers over het doen-vermogen om een probleem te onderkennen en er adequaat naar te handelen.

Om beide redenen is het aan te bevelen dat bestuursorganen ambtshalve onderzoeken of een bezwaarschrift een probleem zichtbaar maakt dat vaker dan incidenteel voorkomt. Een dergelijke onderzoeksplicht zou wettelijk kunnen worden vastgelegd. Zo’n onderzoek leidt dan in ieder geval voor de toekomst tot verbeteringen ongeacht de vraag of burgers vaardig zijn om in een bezwaarfase tegemoetkoming te krijgen.

Lokaal maatwerk

Maatwerk is een van de doelstellingen geweest van de drie grote decentralisaties in het sociale domein onder het tweede kabinet-Rutte. Bij die operaties lag maatwerk ook daarom in de rede omdat het er niet langer om ging te beoordelen of iemand recht had op zorg, maar of iemand niet op eigen kracht en met hulp van de omgeving problemen kon oplossen. Het ging niet meer om de beslissing op een schriftelijke aanvraag, maar om onderzoek naar de specifieke omstandigheden van het afzonderlijke geval. Het vergt een persoonlijk gesprek op basis waarvan een beslissing kan worden genomen. In een aantal gemeenten is daartoe het zogenaamde "keukentafelgesprek" ontwikkeld. Dit soort maatwerk kan goed passen in een werkwijze die inmiddels bekend is geworden als integrale geschilbeslechting, hoewel dat dan wel betekent dat een geschil eerst moet zijn ontstaan ...³⁷

Het vereiste van een goede, ook voor leken begrijpelijke, motivering bij gebruik van beslisregels en data, is voor grootschalige geautomatiseerde besluitvorming wel een te verdedigen minimumbeginsel. Een dergelijke motivering is voor burgers ook noodzakelijk om andere beginselen, zoals het recht op correctie van fouten of het recht op maatwerk, te kunnen invoeren, gelet op feiten en omstandigheden.

Het *zorgvuldigheidsbeginsel* kan zo worden geïnterpreteerd dat bestuursorganen (vooral uitvoeringsorganisaties, inspecties en toezichthouders) ruimhartig rekening houden met feiten en omstandigheden. Een bestuursorgaan moet een besluit kunnen nemen dat strikt genomen afwijkt van wat voortvloeit uit geautomatiseerde beslisregels, gebruikte databestanden en aanwezige registraties om zo evident onterechte benadeling van een burger te vermijden.

Een dergelijke benadering komt in de praktijk neer op het geven van voldoende discretionaire bevoegdheid aan bestuursorganen (lees: uitvoeringsorganen) om dergelijke besluiten te nemen.

De Afdeling onderkent het risico van willekeur. Nu kan worden betoogd dat de beslisregel (het algoritme) niet de wetsbepaling (of bepaling in een uitvoeringsregeling) zelf is, maar "slechts" een vertaling, en dat een op goede gronden afwijkende vertaling derhalve niet contra legem is; echter, dat doet niet de ogen sluiten voor de risico's van deze benadering.

Andere in theorie denkbare benaderingen, zoals het geven van bevoegdheden aan toezichthouders over een keten aan overheidsorganisaties heen of het geven van een bevoegdheid aan een bestuursorgaan dat het uiteindelijke besluit neemt jegens andere bestuursorganen in een keten, hebben

³⁷ Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting* 2017.

grotere nadelen. Dergelijke alternatieven vergen een andere (lees: inhoudelijk en bestuurlijk complexe) inrichting van bevoegdheden en verantwoordelijkheden, en verzekeren niet op voorhand beter dat de individuele burger om wiens besluit het gaat, er mee geholpen is.

Het geheel overziend adviseert de Afdeling de positie van burgers te verbeteren door – afhankelijk van het type (geautomatiseerd) besluit waar het om gaat – telkens de balans te vinden tussen (criteria voor) die besluiten die niet geautomatiseerd tot stand behoren te komen, het motiveren van gebruik van algoritmen en data van die besluiten die wel geautomatiseerd (kunnen) worden genomen, het bieden van maatwerk en “menselijke” heroverweging in de bezwaarfase van geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten en het verstandig (eventueel verplicht) benutten van signalen uit individuele bezwaren en uit steekproeven die op meer algemene problemen duiden.³⁸

4. Digitale dienstverlening – zinvol contact met de overheid

4.1 Digitaal contact vanuit de overheid

Overheidsdiensten digitaliseren in toenemende mate. Van de burger wordt met het oog daarop verwacht dat hij, om contact met de overheid te onderhouden, met internet, computers en smartphones overweg kan.

Voor het elektronisch berichtenverkeer tussen burger en overheid is de website MijnOverheid opgezet. Burgers kunnen met behulp van hun DigiD beveiligd inloggen op MijnOverheid en de berichtenbox openen. Zij kunnen zelf aanvinken van welke bij MijnOverheid aangesloten overheidsorganisaties zij berichten in de berichtenbox willen ontvangen. Niet alle overheidsorganisaties zijn op DigiD en MijnOverheid aangesloten; daar staat tegenover dat er een groot aantal organisaties buiten de overheid is die wel gebruik maken van DigiD: zorgverleners, zorgverzekeraars, onderwijsinstellingen en pensioenfondsen.

Mijn overheid

De Nationale Ombudsman heeft onderzoek gedaan naar MijnOverheid. Daaruit is gebleken dat aan zo’n 17% van de geactiveerde accounts geen e-mailadressen zijn gekoppeld en dat 1 op de 5 Nederlanders langer dan 1 jaar niet op zijn of haar account komt. Als berichten louter digitaal in de berichtenbox van MijnOverheid worden geplaatst, zullen burgers met niet-gekoppelde accounts of onbezochte accounts daarvan niet op de hoogte zijn of de berichten niet lezen.³⁹

³⁸ Zie ook artikel 22, eerste lid, AVG: “De betrokkene heeft het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.”

³⁹ Nationale Ombudsman, *Hoezo MijnOverheid?* 2017, blz. 25.

Blauwe envelop

Een voorbeeld van de worsteling met (verplicht) elektronisch verkeer tussen burger en overheid is de inwerkingtreding van de Wet Elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst op 1 november 2015, die tot afschaffing van de blauwe envelop voor toeslaggerechtigden leidde. Voorschotbeschikkingen werden enkel en alleen digitaal aan de burger toegezonden. In onderzoek van de Nationale Ombudsman werd geconstateerd dat bij de overheid het belang van de ontoereikend zelfredzame burger, als gevolg van de afschaffing van de blauwe envelop, en daarmee de papieren weg om met de overheid te communiceren, uit het oog is verloren.⁴⁰ Hevige protesten hebben ertoe geleid dat het toch weer mogelijk is om belastingzaken per post te ontvangen. Het derde kabinet-Rutte heeft besloten burgers structureel de keus te bieden om alle post van de Belastingdienst elektronisch óf op papier te ontvangen.⁴¹

De omslag naar een digitale overheid, die momenteel gaande is, vergt het opnieuw doordenken wat wel en niet van de burger mag worden verwacht in het verkeer met de overheid.⁴² Bij veel overheidsregelingen wordt verondersteld dat de burger beschikt over een hoge mate van zelfredzaamheid. Uit verschillende onderzoeken is gebleken dat dat niet zomaar kan worden aangenomen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, de Nationale Ombudsman en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak hebben geconcludeerd dat lang niet alle burgers in alle omstandigheden werkelijk zelfredzaam zijn. Ook burgers met een goede opleiding en een goede maatschappelijke positie kunnen in situaties verzeild raken waarin hun redzaamheid ontoereikend is, bijvoorbeeld bij “life events” zoals echtscheiding of overlijden van dierbaren: er moet dan veel worden geregeld terwijl emoties daar weinig ruimte voor laten.⁴³ De schijn kan bedriegen: wie bedreven is met Facebook hoeft nog niet overweg te kunnen met een complex webformulier. Dat geldt ook voor ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf en zzp'ers, die meestal niet beschikken over professionele ondersteuning voor het onderhouden van contact met de overheid.

De Nationale ombudsman heeft in 2016 in zijn rapport “Het verdwijnen van de blauwe envelop” opgemerkt dat de groep burgers die niet zelfredzaam is, door de digitalisering wordt vergroot: mensen die wel in staat waren om zelf de brieven van de Belastingdienst te openen, te beoordelen en vervolgens eventueel hulp in te schakelen, zijn vaak niet in staat de digitale berichtenbox

40 Nationale Ombudsman, *Hoezo MijnOverheid?* 2017, blz. 25.

41 Kamerstukken II 2017/18, 31 066, nr. 421.

42 Zie ook de Initiatiefnota van de leden Middendorp en Verhoeven over identiteit en persoonsgegevens bij de Digitale Overheid, Kamerstukken II 2017/18, 34 993 nr. 2.

43 WRR, *Weten is nog geen doen* 2017, blz. 22.

van de overheid bij te houden.⁴⁴ Door digitalisering van de overheid ontstaat er dus niet alleen een probleem voor burgers die vroeger al waren aangewezen op hulp van anderen, maar ook voor een nieuwe groep burgers.

Complexe regelingen kunnen er gemakkelijk toe leiden dat degenen voor wie de regelingen zijn bedoeld – de burgers – de weg in de digitale uitvoering niet meer kunnen vinden. Het stelsel van toeslagen voor inkomensondersteuning is een duidelijk voorbeeld.⁴⁵ Een ander, hiervoor eerder genoemd, voorbeeld is het programma AERIUS, waarmee uitstoot van stikstof wordt berekend.

Er bestaan grote verschillen tussen bestuursorganen in de stand van digitalisering. In het bijzonder gemeenten lijken zelfstandig te innoveren en gebruiken daarvoor hun eigen ICT-systemen. Zij maken hun eigen keuzes op het gebied van technologie, digitalisering, en creëren eigen applicaties en websites waarop burgers accounts kunnen aanmaken. Deze verschillen lijken te blijven bestaan: het wetsvoorstel Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer geeft bestuursorganen de ruimte om zelf in te vullen hoe berichten aan hen moeten worden verstuurd. Het is aan de burger om uit te zoeken wat hij van een bepaald bestuursorgaan kan verwachten.

Op de hoogte

Zo kunnen burgers zich via MijnOverheid aanmelden voor “berichten over uw buurt”. Ze worden dan via de app of de mail op de hoogte gehouden over besluiten die in hun gemeente, waterschap of provincie worden genomen. Met de slogan “Vanaf nu is er ook de mogelijkheid om via de e-mailservice of app van ‘Over uw buurt’ continu op de hoogte [te] blijven van berichten van de overheid” op de website, lijkt het een betrouwbare informatiebron voor burgers te zijn. Echter, niet alle bestuursorganen zijn bij de service aangesloten. Mist iemand daardoor een besluit, zodat hij niet op tijd bezwaar kan indienen, dan is hij bij de bestuursrechter niet-ontvankelijk.⁴⁶

SVB in je Berichtenbox

Wie op MijnOverheid de SVB aanvinkt, geeft aan de SVB toestemming om digitale post in de Berichtenbox te ontvangen en dus niet meer op papier. Echter, de Sociale Verzekeringsbank verstuurt niet al zijn berichten digitaal. Er zijn, zoals dat op MijnOverheid staat aangegeven, “brieven die niet

⁴⁴ Nationale ombudsman, *Het verdwijnen van de blauwe envelop* 2016, blz. 40.

⁴⁵ Nationale ombudsman, *Gevraagd: maatwerk!* 2015.

⁴⁶ Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3419 (verlening van dakterrasvergunning door Stadsdeel Zuid van Amsterdam).

geschikt zijn voor de Berichtenbox? Om wat voor brieven dat precies gaat, wordt niet duidelijk gemaakt. Na contact door de Nationale Ombudsman met SVB, blijkt dat die duidelijkheid naar de burger toe door SVB ook overbodig gevonden wordt.⁴⁷

Interoperabiliteit, de onderlinge uitwisselbaarheid van systemen tussen overheid en burger, maar ook tussen overheden onderling, is derhalve geboden. Dit wordt met de term standaardisatie bedoeld.

Digitaal Stelsel Omgevingswet

Op dit moment zijn Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen druk doende het stelsel van de Omgevingswet in te richten. De ICT-kant van die wet staat bekend als het Digitaal Stelsel Omgevingswet (DSO). Dit stelsel moet uiteindelijk alle feitelijke en juridische informatie bevatten over de ruimtelijke omgeving. Het betekent dat enkele honderden bestuursorganen er samen voor moeten zorgen dat de gegevens in DSO gestandaardiseerd, correct, volledig en actueel zijn. De Afdeling heeft geadviseerd om af te wijken van het stelsel van generiek toezicht op decentrale overheden en de minister hier specifieke toezichtsbevoegdheden toe te kennen.⁴⁸ Zo mogelijk nog ingewikkelder is de manier waarop – op termijn – de hele overheid, samen met de onderwijs- en zorgsector en de pensioenfondsen, gezamenlijk een stelsel voor communicatie met burgers in stand moet houden.

De Algemene Rekenkamer heeft in zijn onderzoek over Basisregistraties (2014)⁴⁹ gewezen op het belang van gegevenskwaliteit, ook vanuit het perspectief van burgers, en opgemerkt dat de overheid sturing en toezicht (governance) beter moet vormgeven. Burgers, aldus de Rekenkamer, kunnen profiteren van een betere en efficiëntere overheidsdienstverlening door de inzet van basisregistraties, maar zij kunnen buiten hun schuld ook in de knel komen door fouten daarin. Een simpele correctiemethode volstaat niet; dat heeft te maken met onderlinge koppelingen en afhankelijkheden, waardoor fouten doorwerken naar andere registraties en instanties. De Rekenkamer beveelt aan inzage- en correctievoorzieningen te realiseren voor burgers en een gezaghebbend centraal meldpunt in te stellen. De Minister van BZK wordt een coördinerende rol toebedacht.⁵⁰

⁴⁷ Nationale Ombudsman, SVB: *Digitaliseren = informeren* 2017, blz. 14-17.

⁴⁸ Advies van 22 december 2017 over het voorstel van Invoeringswet Omgevingswet, Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, punt 12 en 12c.

⁴⁹ Algemene Rekenkamer, *Basisregistraties* 2014.

⁵⁰ De Algemene Rekenkamer is inmiddels begonnen met een vervolgonderzoek naar de uitvoering van de aanbevelingen uit 2014.

4.2 De Europese dimensie: Algemene verordening gegevensbescherming

Met het oog op de kwaliteit van de digitale dienstverlening en de beginselen van behoorlijk bestuur die in dat kader tegenover de burger in acht moeten worden genomen, is ook de recent in werking getreden AVG van belang.

Daarbij gaat het om verschillende in de AVG neergelegde rechten van burgers zoals het recht op inzage en rectificatie van gegevens (in ketens) van overheidsorganisaties,⁵¹ het recht van bezwaar⁵² en het recht op vrijwaring van geautomatiseerde besluitvorming.⁵³ Voorts legt de AVG de overheid in zijn hoedanigheid van verwerkingsverantwoordelijke de nodige plichten op die overlap vertonen met de onderwerpen die in dit advies aan de orde komen. De overheid is op grond van de AVG verplicht om algemene beginselen van rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie in acht te nemen.⁵⁴ Voorts wijst de Afdeling op de in de AVG neergelegde verplichting om de burger uit eigen beweging te informeren⁵⁵ en de verplichting om reeds bij de inrichting van systemen rekening te houden met de bescherming van persoonsgegevens (met inbegrip van recht op inzage en correctie).⁵⁶ In algemene zin legt de AVG de plicht op aan de overheid om zich te verantwoorden dat op een rechtmatige en zorgvuldige wijze met persoonsgegevens wordt omgegaan.⁵⁷

De AVG is een kaderwet die veel open normen bevat. Dat betekent dat de AVG met het oog op de toepassing in de dagelijkse praktijk op tal van punten nader moet worden ingevuld en geoperationaliseerd. Omdat de omgang met persoonsgegevens een hoeksteen vormt van de verhouding tussen burger en overheid bij digitale dienstverlening, acht de Afdeling van groot belang dat de overheid zijn verantwoordelijkheid neemt om een effectieve, op de digitale praktijk toegesneden uitvoering van de AVG waar te maken. Daarbij gaat het niet alleen om de verantwoordelijkheid als wetgever maar ook en misschien zelfs in de eerste plaats in de hoedanigheid van verwerkingsverantwoordelijke. Deze verantwoordelijkheid kan niet worden overgelaten aan de toezichthouders (met name de Autoriteit persoonsgegevens) of de rechter. De overheid heeft een primaire verantwoordelijkheid om zelf de AVG te operationaliseren op een wijze die recht doet aan de positie van de burger in de digitale (overheids-) omgeving.

51 Artikel 15 tot en met 18 AVG.

52 Artikel 21 AVG.

53 Artikel 22 AVG. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

54 Artikel 5 AVG.

55 Artikel 13-14 AVG.

56 Artikel 25 AVG.

57 Artikel 24 AVG.

In de relatie tussen de burger en de overheid als verwerkingsverantwoordelijke voor gegevensverwerking speelt ook de mogelijke samenloop tussen de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de AVG. De Awb en de AVG regelen deels vergelijkbare beginselen. Diverse verplichtingen uit de AVG vallen samen of vertonen raakvlakken met het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. In de praktijk zal moeten worden bepaald hoe Awb en de AVG zich hier tot elkaar verhouden. Voorts gebruiken de Awb en de AVG soms dezelfde begrippen met verschillende juridische betekenissen. Voorbeelden van dit laatste zijn begrippen als ‘klacht’, ‘bezwaar’ en ‘besluit’.⁵⁸ De AVG biedt geen ruimte voor de nationale wetgever om begrippen uit de AVG af te stemmen op de Awb. Bestuursorganen zullen hierdoor in de praktijk moeten nagaan hoe de AVG inwerkt op de bestaande klacht- en bezwaarprocedures in de zin van de Awb en in hoeverre als gevolg daarvan de daarop afgestemde communicatie met de burger moet worden aangepast.

4.3 Toegang tot de overheid

Tegen deze achtergrond en in aanvulling op het voorgaande adviseert de Afdeling om het recht op toegang tot de overheid als beginsel van behoorlijk bestuur nader te ontwikkelen en operationaliseren. De Afdeling doet daartoe de volgende handreikingen.

In de eerste plaats moet dit recht worden opgevat als een materieel vereiste. Toegang moet inhouden dat er sprake is van zogeheten “zinvol” contact met de overheid. Het is geen vormvereiste (contact via papier of via menselijke interactie), maar een materieel vereiste dat de burger inhoudelijk “te woord wordt gestaan” en dat het contact zich niet beperkt tot uitleggen maar kan leiden tot bijstelling van voornemens of handelingen – met andere woorden, dat het contact zinvol is – dat de burger zich serieus behandeld voelt en dat de overheid hem daadwerkelijk helpt. Toegang tot en zinvol contact met de overheid zal bijvoorbeeld ook zo geoperationaliseerd moeten worden dat er voorzieningen komen waardoor de burger en tijdig en adequaat wordt geïnformeerd en waarmee hij het recht op inzage in en correcties van persoonsgegevens eenvoudig en doeltreffend kan uitoefenen. Zinvol contact kan worden gezien als een uitvloeisel van de menselijke waardigheid als een van de centrale publieke waarden: hoe voelt een burger

⁵⁸ De AVG kent bijvoorbeeld in artikel 21 aan betrokkene het recht van bezwaar toe tegen de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens. Dat recht heeft hij, ook als de verwerking niet de vorm aanneemt van een (op rechtsgevolg gericht) besluit. In de Awb kan alleen bezwaar worden gemaakt tegen een besluit. Betrokkene heeft voorts op grond van artikel 77 AVG het recht om een klacht in te dienen bij de toezichthoudende autoriteit bij een inbreuk op de AVG. Op grond van artikel 9.1 Awb kan betrokkene een klacht indienen bij een bestuursorgaan over de wijze waarop deze zich jegens de betrokkene heeft gedragen. Zo'n klacht gaat nu juist niet over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking maar over de wijze van bejegening van de burger door de overheid.

zich als hij alleen contact onderhoudt met de overheid via een computersysteem dat hij niet begrijpt en dat niet ingaat op zijn probleem?

Regeerakkoord

In het regeerakkoord van het derde kabinet-Rutte is bepaald dat personen die niet elektronisch kunnen communiceren dat ook op een andere manier moeten kunnen blijven doen. Daarom blijft er een keuzemogelijkheid om per post met de overheid te communiceren. Als eerste uitwerking van dit uitgangspunt heeft het kabinet besloten dat burgers kunnen kiezen om berichten van de Belastingdienst elektronisch óf per post te ontvangen; die keus is niet beperkt tot burgers die niet elektronisch kunnen communiceren.⁵⁹ De Europese Commissie moedigt regeringen aan om digitale communicatie als standaard aan te wijzen. Wel moeten andere kanalen openblijven voor mensen die geen digitaal contact kunnen of willen onderhouden.⁶⁰

In de tweede plaats zal de overheid een recht op toegang van de burger tot de overheid, en ook de in paragraaf 3 genoemde beginselen van motivering en zorgvuldigheid, moeten “inregelen” in de eigen organisatie en de eigen werkprocessen.⁶¹

Voorbeelden

- *Software zo inrichten dat alle verwerkingen worden geprotocolleerd⁶² en dat het correctierecht eenvoudig kan worden uitgeoefend (access by design, rectification by design). Elk bestuursorgaan de verantwoordelijkheid geven in te staan voor de kwaliteit van haar gegevensbestanden. Daar passen regelmatige controles bij.*
- *Om de burger daadwerkelijk tegemoet te komen bij het corrigeren van onjuiste gegevens in de keten zou er een Burgerinspectie kunnen komen, met de bevoegdheid om een en ander af te dwingen.*

In de derde plaats zal een recht op toegang van de burger tot de overheid ook concreet moeten worden uitgewerkt voor het recht op inzage en correctie van gegevens. Zinvol contact met de overheid gaat uiteraard om veel meer dan

59 Kamerstukken II 2017/18, 31 066, nr. 421.

60 Mededeling van de Europese Commissie over het EU-actieplan inzake e-overheid 2016-2020 “Voor een snellere digitalisering van overheidsdiensten”; COM(2016) 179, blz. 3 en 4.

61 Ook de medeoverheden moeten de inrichting van hun organisatie en werkprocessen onder invloed van de digitale ontwikkelingen aanpassen. Zo vergt de aankomende EU-verordening tot oprichting van één digitale toegangspoort (COM(2017) 256) dat gemeenten en provincies diensten ook voor (andere) EU-burgers toegankelijk maken en vertalen voor EU-burgers. Vooral overheidsorganisatie die diensten aan burgers en bedrijven leveren worden daardoor geraakt.

62 Artikel 30 van de AVG geeft de verwerkingsverantwoordelijke die meer dan 250 personen in dienst heeft de verplichting om een register van de verwerkingsactiviteiten bij te houden.

persoonsgegevens alleen. Tegelijkertijd is voor de burger recht op inzage en correctie daarvan wel een veel voorkomend en belangrijk onderwerp in zijn contact met overheidsorganisaties. Dit vormt van de verhouding tussen burger en overheid bij digitale dienstverlening door (ketens van) overheidsorganisaties een hoeksteen.

Deze nadere uitwerking moet plaatsvinden in de context van de AVG (zie hiervoor, paragraaf 4.2).

5. Digitalisering en wetgeving – dilemma's

5.1 Digitalisering en wetgeving

In de voorgaande paragrafen is naar voren gekomen dat digitalisering gevolgen heeft voor de manier waarop de overheid omgaat met haar burgers. Die zijn niet allemaal gunstig: onder invloed van digitalisering wordt het contact met burgers steeds afstandelijker en bij het nemen van geautomatiseerde besluiten is er steeds minder ruimte voor een individuele afweging. Soms weet de overheid zelf niet hoe de computer tot een besluit is gekomen. De wetgeving is er vooral op gericht om snel en efficiënt werken mogelijk te maken; het burgerperspectief wordt soms gemist.

Daar komt iets anders bij. In een gedigitaliseerde samenleving gaan veranderingen en ontwikkelingen sneller dan vroeger. Men wordt plotseling geconfronteerd met geheel nieuwe manieren van organisatie van diensten, zoals Uber, Airbnb of Deliveroo, of met nieuwe productiemogelijkheden, zoals het 3D-printen van vuurwapens. De traditionele methoden om regels aan maatschappelijke veranderingen aan te passen, zijn hier niet meer toereikend. De wetgever worstelt dan ook met dit verschijnsel. Onder diverse aanduidingen – experimentele, toekomstbestendige, techniekonafhankelijke wetgeving – worden nieuwe wegen gezocht om met regelgeving het tempo van maatschappelijke veranderingen bij te benen.

Het lijkt erop dat de wetgever niet altijd voldoende rekening houdt met de nieuwe digitale werkelijkheid. Dat roept de vraag op of wetten nog wel altijd op de juiste manier tot stand worden gebracht. In het slotpunt van dit advies wordt op die vraag ingegaan.

5.2 Eenheid van wetgeving

Een eerste elementaire waarborg van de positie van burgers is de eenheid van wetgeving; het uitgangspunt dat gelijke vraagstukken op gelijke wijze worden beantwoord, zodat niet de burger (en overheidsdiensten) met steeds weer andere regels voor dezelfde vraagstukken worden geconfronteerd, staat in het bijzonder als het gaat om digitalisering op de tocht. In punt 2 is al gewezen op het grote aantal wetten en regels waarmee wetgever en bestuur trachten greep te krijgen op de verschijnselen van de digitale wereld.

Recente voorstellen die de Afdeling heeft ontvangen geven het beeld dat de door digitalisering opgeworpen vragen daarbij verschillend en ad hoc worden beantwoord.

Het gaat daarbij om vraagstukken zoals die in het voorgaande aan de orde zijn gekomen, zoals algoritmische besluitvorming, de correctie van onjuiste gegevens en effectieve rechtsbescherming. Bij deze centrale elementen van geautomatiseerde besluitvorming, uitvoering en dienstverlening dient de wetgever een coherente en eenvormige beleidslijn te ontwikkelen die in de Aanwijzingen voor regelgeving vastgelegd zou moeten worden. Anders worden burgers en bedrijven opgezadeld met een verwarrende verscheidenheid aan oplossingen, waarvan zij de risico's en consequenties dragen.

Het gaat echter om meer dan alleen eenduidigheid en eenvormigheid bij de oplossing van deze centrale elementen. Het gaat ook om eenheid en coherentie in het omgaan met de verstrengeling van regelgeving. In wet- en regelgeving is het niet ongebruikelijk om gelijke begrippen, zoals inkomen, jongere of eigen vermogen, in verschillende regelingen net weer iets anders te definiëren al naar gelang de strekking van die regeling en de beleidsdoelstellingen die daarmee worden nagestreefd. Voor de uitvoering kan dat bezwaarlijk zijn, maar het doet recht aan de pluriformiteit van maatschappelijke vraagstukken. Het gaat echter fout als zulke begrippen aan elkaar worden gekoppeld, zodat geen recht meer wordt gedaan aan de pluriformiteit van de werkelijkheid. Recht doen aan pluriformiteit is een wezenlijke waarde in het overheidsbestuur; zowel ongerechtvaardigde verscheidenheid alsook ongerechtvaardigde eenvormigheid zijn daarmee in strijd.

Eenheid en coherentie van wetgeving zijn moeilijk te bereiken wanneer aspecten van uitvoering en handhaving pas laat in het proces worden betrokken – zoals nu nog steeds vaak gebeurt. Dat geldt nog sterker bij digitaliseringsaspecten. Is eenmaal besloten tot wettelijke regeling en gedigitaliseerde uitvoering, dan zal de digitale rationaliteit vanaf het begin adequaat aandacht moeten krijgen. Dat impliceert dat men zich bij het opzetten en ontwerpen van een wettelijke regeling reeds in een vroeg stadium bewust moet zijn van de implicaties en beperkingen van een gedigitaliseerde uitvoering.

De toelichting bij wetsvoorstellen schenkt doorgaans wel aandacht aan aspecten als uitvoering, handhaving en informatievoorziening, maar doet dit meestal vanuit het bestuurlijk oogmerk om ruimte te scheppen en recht te doen aan de verscheidenheid van situaties en complicaties waarmee men bij de uitvoering geconfronteerd zal worden. Dat wordt dan op de klassieke manier opgelost: door de bepalingen vaag te formuleren en in de toelichting alle mogelijkheden open te laten. Juristen en beleidsmakers gaan er doorgaans van uit dat een gedigitaliseerde uitvoering de ruimte voor flexibiliteit,

variëteit en oneindige mogelijkheden biedt. Het is echter precies omgekeerd: gedigitaliseerde uitvoering vraagt om precisie, standaardisatie en centralisatie, want alleen zo heeft men de voordelen van digitalisering. Overheidsdiensten zullen vaak voor de uitvoering van nieuwe wetgeving een nieuw systeem en eigen programma opzetten, om recht te doen aan de specifieke aard, eisen en kenmerken van het beleidsterrein. Daarbij zal echter ook steeds gebruik gemaakt worden van de sturingspakketten van grote software-aanbieders. Pakketten die met grote regelmaat geüpdatet worden en waar de daarop aangesloten programma's steeds moet worden aangepast en steeds minder goed aansluiten. Op die wijze gaat wat in de opzet van het eigen programma een bijzaak was steeds meer het functioneren daarvan bepalen.

Soms is de volgorde van gebeurtenissen anders: een ICT-verschijnsel ontstaat in de praktijk en wordt pas later wettelijk geregeld. Dat geldt ook soms voor ICT-verschijnselen die door de overheid zelf in het leven worden geroepen. Zo zijn DigiD en MijnOverheid rond 2006 van start gegaan, maar is er pas in 2015 een wettelijke grondslag voor gekomen, waarbij de materiële regels bij ministeriële regeling werden vastgesteld. Een ander voorbeeld is de Verwijsindex Risicjongeren: die was al lang op stoom en de inrichting was al lang concreet bepaald voordat het wetgevend fundament werd gelegd.

Anderzijds kan het verstandig zijn om een nieuw ICT-verschijnsel dat buiten de overheid opduikt niet meteen te regelen. Soms gaat het om een eendagsvlieg; soms kan een nieuw verschijnsel goed worden geregeld met bestaande regels. Vaak zal het verstandig zijn eerst af te wachten hoe een nieuw verschijnsel (zoals blockchain) zich ontwikkelt. Zo is het bij platformdiensten van de deeleconomie van belang hoe het verschijnsel kan worden gekwalificeerd: is Uber een taxibedrijf of alleen een bemiddelingsdienst?⁶³ Wel is het nuttig als de overheid zo'n nieuw verschijnsel actief volgt, zodat het achterwege laten van regels een bewuste keus is. Wanneer een ICT-verschijnsel gevolgen heeft voor de uitoefening van grondrechten, kan het noodzakelijk zijn niet te wachten met het treffen van een wettelijke regeling. Ook zal onder ogen moeten worden gezien of regulering op Europees niveau wellicht effectiever is, vanwege het grensoverschrijdend karakter van dit soort diensten.

Is eenmaal besloten om iets wettelijk te regelen, dan is van belang dat de ICT daarbij voldoende aandacht krijgt. Digitalisering vormt inmiddels een dominante rationaliteit van overheidsbeleid en met name de uitvoering

⁶³ Het Hof van Justitie van de EU heeft op 20 december 2017 geoordeeld dat Uber een taxidienst is, omdat Uber bestuurders selecteert, de voorwaarden (zoals een maximumprijs) bepaalt en de kwaliteit van de voertuigen controleert (zaak C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi tegen Uber Systems Spain SL), ECLI:EU:C:2017:981.

daarvan.⁶⁴ Als dat niet gebeurt, wordt het overheidsbeleid onuitvoerbaar (bijvoorbeeld omdat de software niet op tijd af of niet adequaat is), of zijn de nadelige gevolgen onaanvaardbaar groot.

5.3 Handreikingen voor de wetgever

In het voorgaande is aangegeven dat daar waar de wetgever niet altijd voldoende rekening houdt met de digitale werkelijkheid, de burger nadeel ondervindt. Dit werpt de vraag op hoe dit bij het voorbereiden en vaststellen van wet- en regelgeving ondervangen kan worden.

De wetgever als systeembeheerder

Lokin houdt in haar proefschrift een pleidooi om de ICT van begin af aan een centrale plaats te geven bij het ontwikkelen van wetgeving. Wetgeving, zo betoogt zij, komt nu grotendeels tot stand volgens een methode die bij de ontwikkeling van ICT bekend staat als de watervalmethode. Daarbij wordt het traject ingedeeld in afzonderlijke stappen. Elke volgende stap wordt pas doorlopen als de vorige stap met succes is afgesloten; blijkt gaandeweg dat er in een al doorlopen stap fouten zijn geslopen, dan wordt (net als bij ganzenborden) eerst die stap opnieuw gedaan. Inmiddels zijn er verschillende methodes ontwikkeld die in de praktijk beter blijken te werken, zoals de scrummethode. Die methodes houden in dat een project wordt opgeknipt in kleinere onderdelen, waaraan parallel wordt gewerkt. Het werk wordt gedaan in een multidisciplinair team, waarin ontwikkelaars en de eindgebruikers van de software samen de problemen in kaart brengen, oplossingen testen en het tussenresultaat bijstellen.⁶⁵ Beleidsmedewerker, jurist en ICT'er moeten elkaars taal leren spreken of in ieder geval leren verstaan.⁶⁶

Het is hoe dan ook van belang dat de normatieve, juridische invalshoek en de digitale invalshoek meer en structureel met elkaar in verbinding worden gebracht.

Operatie BRP

Dit speelt ook – nog steeds – bij automatiseringsprojecten van de overheid. Bij de evaluatie van het tussentijds beëindigde project modernisering van de Gemeentelijke Basisregistratie Personen / Operatie BRP (2009-2017) werd geconcludeerd dat de stuurgroep vooral was samengesteld uit politiek-bestuurlijke kringen; de stuurgroep miste de technisch-inhoudelijke

⁶⁴ Voor rationaliteiten bij het maken van wetten, zie Snellen, *Boeiend en geboeid* 1987.

⁶⁵ Lokin, *Wendbaar wetgeven* 2018, blz. 245-270.

⁶⁶ Bij het personeelsbeleid van het Rijk is al enkele jaren het uitgangspunt dat medewerkers voldoende ICT-kundig zijn om hun functie te kunnen vervullen (Kamerstukken II 2014/15, 33 326, nr. 13, blz. 19).

expertise om als klankbord te dienen voor het programmateam en kritische tegenspraak te bieden aan de gedelegeerd opdrachtgever. Het programmateam miste voldoende begrip voor overheid specifieke vereisten van rechtsstatelijkheid en maatschappelijk bewustzijn. De logica's van de twee realiteiten lijken gedurende het programma telkens met elkaar te hebben geschuurd.⁶⁷

De Afdeling adviseert om vanaf het prille begin van het concipiëren van wet- en regelgeving uitvoering en ICT onderdeel van de voorbereiding daarvan te laten zijn en niet pas achteraf (als uitvoeringstoets), wanneer meestal de spreekwoordelijke pap al gestort is. Bij zo'n multidisciplinaire benadering kan ook een #doenvermogenstoets⁶⁸ worden uitgevoerd. Het is van belang dat in de memorie van toelichting de gevolgen voor ICT eerlijk worden behandeld en dat de Kamers aandacht voor de ICT-aspecten organiseren.

Dit kan langs een aantal manieren verder worden uitgewerkt.

- In de voorbereiding door ministeries kan daar waar digitalisering aan de orde is (nog) nadrukkelijker worden gewerkt in een multidisciplinair team. Naast de juridische, beleidsmatige en financiële disciplines, dient daarin ook de ICT-discipline vroegtijdig, vanaf het begin, vertegenwoordigd te zijn.
- Een #doenvermogenstoets en een #uitvoeringstoets kan onderdeel zijn van de verschillende stappen en fases van de intra- en interdepartementale voorbereiding. Indien tussentijds uit dergelijke toetsen majeure bevindingen komen die niet voorzien of beoogd waren, dient dit snel aan de verantwoordelijke bewindspersonen te worden voorgelegd. Deze kunnen dan afwegen of de oorspronkelijke beleidsvoornemens opnieuw moeten worden besproken in het kabinet en met de Kamers.
- Het is in elk geval van belang in de memorie van toelichting de gevolgen voor ICT-gerelateerde uitvoering uitgebreider te behandelen, en inzichtelijk te maken hoe afwegingen zijn gemaakt en in welke mate nadere afwegingen worden overgelaten aan lagere regelgeving of de uitvoering.⁶⁹
- Het is zinvol om de Aanwijzingen voor de wetgeving en het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving te actualiseren voor de meest recente inzichten op het gebied van digitalisering en wetgeving.

⁶⁷ De Jong, Berghout & Van Twist, *Niet te stoppen* 2018, blz. 116, 121.

⁶⁸ Bij de doenvermogenstoets wordt nagegaan of een voorgenomen wet zo in elkaar zit dat burgers adequaat op die wet zullen reageren. Dat vergt niet alleen voldoende denkvermogen (het vermogen om te begrijpen wat een regeling voor de burger betekent), maar ook voldoende doenvermogen (het vermogen om op het juiste moment te handelen, zodat kansen worden benut en bedreigingen worden gekeerd). Het doenvermogen kan met name onder druk komen te staan bij zogeheten "life events," zoals echtscheiding, ziekte en overlijden van dierbaren, waarin er vaak allerlei juridische zaken moeten worden geregeld. (WRR, *Weten is nog geen doen* 2017).

⁶⁹ Dit veronderstelt dan wel dat relevante wetgeving voldoende zelfstandig en kenbaar door de regering aan de Staten-Generaal wordt voorgelegd en niet in bijvoorbeeld verzamelwetten wordt "verstopt".

- Het is goed om te letten op de samenloop met het wetgevingsprogramma van de Europese Unie. Een groot deel van de wetgeving die in Nederland geldt wordt immers op dat niveau vastgesteld. Het is dan ook verstandig dat de Nederlandse regering het belang van ICT meeneemt bij haar eigen inbreng in de Brusselse besluitvorming, en dat zij stimuleert dat de instellingen van de EU en de andere lidstaten dat eveneens doen. Niet als onderdeel van een uitvoeringstoets, maar vanaf het begin.

Ook in de fase van de parlementaire behandeling mag het bovenstaande niet zonder gevolgen blijven. De Afdeling meent dat de aanbevelingen uit het Parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid wat betreft de rol van de Tweede Kamer nog onverminderd actueel zijn. Zo is het nog steeds een zinvolle gedachte om bij moties, initiatiefwetsvoorstellen en amendementen op wetsvoorstellen een ICT-toets en (al dan niet daarmee gecombineerd) een uitvoeringstoets verplicht te stellen.

Positie van de Staten-Generaal

Lokin betoogt dat het op het eerste gezicht niet goed past bij de positie van het parlement om bij de totstandkoming van wetgeving samen op te trekken met de regering: er is immers behoefte aan meer dualisme. Zij stelt daar tegenover dat het parlement meer werk zou kunnen maken van zijn medewetgevende taak, zodat het minder vaak nodig zal zijn om achteraf verantwoording te vragen. Zij zoekt de oplossing verder vooral in versterking van de ICT-deskundigheid van Eerste en Tweede Kamer en in het gebruik van andere vormen van wetgeving, zoals aanbouwwetgeving, kaderwetgeving en techniekonafhankelijke reguleringsvormen.⁷⁰

5.4 Wanneer kan wetgeving techniekonafhankelijk zijn?

Zoals gezegd (punt 5.1), worstelt de wetgever met het verschijnsel van het tempo van verandering en ontwikkeling in een digitale werkelijkheid. Aangezien wetgeving doorgaans geschreven wordt met bepaalde verschijnselen of activiteiten en de bezwaren daarvan voor ogen, is het heel wel mogelijk dat nieuwe verschijnselen niet aan de gestelde regels beantwoorden, met als mogelijk gevolg dat maatschappelijk gewenste ontwikkelingen niet zijn toegestaan, terwijl maatschappelijk ongewenste ontwikkelingen nu juist aan de werking 'ontsnappen'. Vandaar dat op verschillende manieren in de wetgeving getracht wordt om deze zo nodig snel en flexibel aan te kunnen passen om nieuwe ontwikkelingen mogelijk te maken, dan wel daartegen op te kunnen treden. Vergaande delegatie van regelgevende bevoegdheid, het voorzien van de mogelijkheid tot afwijking van gestelde regels of het mogelijk maken van experimenten, zijn daarbij veel voorkomende figuren in de

⁷⁰ Lokin, *Wendbaar wetgeven 2018*, blz. 270-278.

wetgeving. Dat is begrijpelijk, maar daardoor wordt de functie van wetgeving als houvast, waarborg en beperking uitgehold. Het betekent ook dat de burger niet weet of de investeringen die hij doet lonend zullen zijn, omdat de regels waar hij vanuit gaat op ieder moment weer anders kunnen zijn.

Om zulke bezwaren te vermijden streeft de regering ernaar om wetgeving in beginsel techniekonafhankelijk te formuleren. Dat houdt in dat in wettelijke bepalingen geen concrete eisen aan de bouw van voorzieningen worden gesteld, maar dat alleen aan de functionaliteit en werkzaamheid van een voorziening eisen worden gesteld, waarnaast randvoorwaarden worden ingevuld via aanwijzing van standaarden, bijvoorbeeld een standaard voor beveiliging.⁷¹ Techniekonafhankelijke wetgeving moet – zo is de gedachte – toekomstbestendig zijn: zij moet kunnen gelden voor toekomstige technologische ontwikkelingen.

Techniekonafhankelijke regelgeving leidt echter, dat is een eerste bezwaar, tot zeer abstracte formuleringen en algemene beginselen die geen concreet houvast bieden. De concretisering moet uit de toepassing blijken, maar daarmee geeft de wetgever de invulling van het beleid uit handen aan de uitvoering en de te ontwikkelen automatisering. Bovendien is werkelijk techniekonafhankelijke wetgeving niet altijd goed mogelijk, omdat de toekomst ten principale niet bekend is en men, weliswaar in abstracte termen, blijft vastzitten in bekende technieken.

Berichtenbox moeilijk te herkennen

Het voorstel van Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer bevat termen en begrippen die weliswaar abstract zijn geformuleerd, maar die zijn geschreven met het oog op de huidige stand van de techniek. Zo wordt het invullen van een contactformulier of webformulier omschreven als: "een bericht aan een bestuursorgaan, [dat wordt] verzonden door de rechtstreekse invoer van gegevens in een systeem voor gegevensverwerking van het bestuursorgaan. Met "een systeem voor gegevensverwerking waarin de geadresseerde toegang heeft tot het bericht" wordt bedoeld: de berichtenbox op een website.

In veel gevallen probeert de wetgever zulke bezwaren te ondervangen door de nadere, meer concrete, invulling te delegeren naar lagere regelgeving. Dat levert een tweede bezwaar op: het parlement komt buiten spel te staan en daarmee komt de democratische legitimatie van wetgeving onder druk. Het is overigens nog maar de vraag of het in uitvoeringsregelingen wel lukt om tot bepalingen te komen die beter kenbaar zijn en de burger meer houvast bieden.

71 Kamerstukken II 2015/16, 26 643, nr. 373, blz. 3.

Overigens doen deze vragen zich in vele Europese landen voor. Op een Colloquium van de Europese vereniging van Raden van State en hoogste bestuursrechters werd hier in mei 2018 in Den Haag over gesproken. Daarbij bleek onder meer dat Ierland in een deel van haar wetgeving voor een technologie-neutrale aanpak heeft gekozen, maar dat zich bij de uitleg daarvan moeilijkheden voordoen, ook als de rechter dit moet doen. Daarom is daar gekozen voor een "Interpretation Act" die de rechter ruimte biedt tot interpretatie. In Estland wordt het begrip techniek neutraal in die zin uitgelegd dat de wetgever geen onderscheid maakt in de wijze waarop burgers communiceren met de overheid en eventueel welk digitaal platform men gebruikt. In veel andere landen, waaronder Frankrijk en Duitsland, wordt de spanning tussen techniekonafhankelijke resp. -neutrale wetgeving en interpretatie door de rechter herkend, maar het ei van Columbus is nog niet gelegd.

De problematiek van wetgeving en de digitale technologische ontwikkeling is ook herkenbaar in het aanpassingsproces van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Die wet is in oorsprong en in hoofdzaak bedoeld als techniekafhankelijke wet; zij is geschreven voor schriftelijke besluitvorming en papieren communicatie. In de afgelopen jaren is zij op onderdelen aangepast aan de digitale werkelijkheid. In 2004 werd een afdeling in de wet opgenomen over elektronisch verkeer tussen overheid en burger (afdeling 2.3), bedoeld om elektronisch verkeer te faciliteren uitgaande van wederzijdse instemming. Sinds 2009 kunnen besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht elektronisch worden bekendgemaakt.⁷² Sinds juni vorig jaar biedt de wet de grondslag om elektronisch te kunnen procederen bij de bestuursrechter; uiteindelijk zal dit verplicht worden, behalve voor natuurlijke personen.

Het gaat in al deze gevallen om incidentele aanpassingen van de Awb. De hoofdstructuur van de wet is onaangetast gebleven. Nog steeds bevat de Awb gedetailleerde en verfijnde regels voor papieren communicatie tussen burger en overheid. Die regels worden in afzonderlijke hoofdstukken gedifferentieerd voor bijzondere categorieën van besluiten en voor andere rechtsfiguren, zoals dwangbevelen bij bestuurlijke geldschulden, bevoegdheden van toezichthouders, de last onder dwangsom, de last onder bestuursdwang en de bestuurlijke boete. De consequenties van elektronische communicatie voor al die typen besluiten en rechtssituaties worden niet of in elk geval niet toereikend geregeld. Het ligt in de rede de Awb op dit aspect nader te doordenken.

⁷² Artikel 3:42 Awb zoals gewijzigd in de Wet elektronische bekendmaking.

Al met al ziet de Afdeling in de praktijk twee bezwaren met techniekonafhankelijk wetgeven, wanneer het gaat om regels die gericht zijn op ICT toepassingen zelf of daar niet los van gezien kunnen worden.

Het eerste bezwaar is dat van pseudo-techniekafhankelijkheid. De wetgever wil een bepaalde dienst of techniek regelen, denkt dat techniekonafhankelijk te moeten doen en kiest dan voor een abstractieniveau dat vlees-noch-vis is. Dit doet afbreuk aan de kenbaarheid van de wet. "Wat staat er nu? Wat wordt bedoeld?" En het bereikt het doel niet. Het concrete geval, een dienst of techniek, wordt niet geregeld. Regelmatig wordt geprobeerd deze valkuil te vermijden door alsdan de regeling van de dienst of techniek te delegeren naar lagere regelgeving. Dan is het nog maar zeer de vraag of het in lagere regelgeving wel lukt om tot materiële normstelling te komen. Een dergelijke delegatie levert een tweede probleem op, namelijk het buiten spel zetten van het parlement. Gegeven de gevolgen van digitalisering voor de positie van de burger is democratische legitimatie van belang.

Een bijkomend dilemma is dat de "levensduur" van bepaalde digitale techniek (en daarmee vormgegeven dienstverlening) niet op voorhand te voorspellen is. Soms gaat bepaalde techniek en daarop gebaseerde diensten een fors aantal jaren mee. Dan kan het verstandig zijn om techniekafhankelijk te wetgeven. Soms kan een ICT-ontwikkeling van voorbijgaande of heel kortdurende aard zijn; dan is het verstandiger om überhaupt te wachten met regelgeving.

Het rode potlood en de wet

In 1966 worden bij verkiezingen voor het eerst stemmachines gebruikt. De Kieswet en het Kiesbesluit bevatten zeer gedetailleerde regels voor het stemmen door middel van stembiljetten; voor het stemmen met stemmachines worden in de Kieswet alleen abstract geformuleerde functionele eisen opgenomen. De keus voor machines of papier is aan de gemeente; na verloop van jaren wordt bijna overal gekozen voor stemmachines, maar wettelijk blijft het rode potlood het uitgangspunt. In de praktijk is de overheid sterk afhankelijk van twee leveranciers van stemmachines en van het bedrijf dat de uitslagen berekent. Er is geen goedkeuringsprocedure voor programmatuur; de broncodes zijn niet bekend.

In 2006 ontstaat ophef over de betrouwbaarheid en controleerbaarheid van het stemmen met stemmachines. Dan blijkt dat de minister over weinig bevoegdheden beschikt om in te grijpen in het verkiezingsproces. In 2007 wordt besloten om de stemmachines voorlopig af te schaffen.⁷³

Bij een wijziging van de kieswetgeving in 2010 wordt voorgesteld ook

⁷³ L.M.L.H.A. Hermans & M.J.W. van Twist, *Stemmachines, een verweesd dossier. Rapport van de Commissie Besluitvorming Stemmachines*, Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VII nr. 46, bijlage.

de papieren stemprocedure uit de wet te halen en op te nemen in uitvoeringsregelingen. De Raad van State is van oordeel dat zulke vergaande delegatie niet past bij het bijzondere karakter van het kiesrecht. Hij merkt op dat de regels voor stemmachines onder de oude wet al via delegatie werden vastgesteld, maar niet actueel werden gehouden.⁷⁴ Het voorstel wordt niet verder voortgezet.

Voor deze dilemma's bestaat geen standaardoplossing. Telkens zal de wetgever een afweging moeten maken tussen de mate van techniekafhankelijkheid en van techniekonafhankelijkheid en tussen de mate van regeling in de wet en van delegatie naar lagere regelgeving. Op deze twee "assen" ware telkens de juiste balans te vinden, gegeven de te regelen vraagstukken. In de toelichting op wet- en regelgeving kan worden onderbouwd hoe in het voorstel deze balans is gevonden. Dit biedt aan het parlement een aanknopingspunt om zich hier expliciet over uit te laten.

De rechtszekerheid zal in ieder geval voorop moeten staan: burgers mogen naar eigen inzicht handelen tenzij dit in strijd is met duidelijke, concrete wettelijke regels. Dit uitgangspunt kan in het gedrang komen wanneer de wetgever een uitweg zoekt in onbepaalde begrippen en de invulling overlaat aan de al dan niet digitale uitvoering.

De Afdeling adviseert daarom om techniekonafhankelijk regelgeven slechts daar toe te passen waar dit aantoonbaar het beoogde doel bereikt. Zo niet, dan is tenminste uiterste terughoudendheid geboden.

⁷⁴ Advies van 13 april 2010 over het voorstel van Wet inrichting verkiezingsproces, W04.10.0038, Staatscourant 2010, nr. 19451, paragrafen 2 en 3.

6. Tot slot

Digitalisering van de samenleving zal verder gaan; dat is niet alleen onvermijdelijk maar schept onder de goede voorwaarden ook kansen. Dat mag ook bij alle kritische kanttekeningen in dit advies wel benadrukt worden. Dankzij ICT kan de overheid aanzienlijk meer werk verzetten; het kan sneller en betrouwbaarder. En voor de meeste burgers wordt het eenvoudiger om informatie van de overheid te verzamelen en om met de overheid zaken te regelen. In dit advies wordt vanuit burgerperspectief de wetgever en het overheidsbestuur opgedragen de nodige verbeteringen aan te brengen. Vanzelfsprekend mag ook van de burger worden verwacht zorgvuldig om te gaan met zijn gegevens en zijn contact met de overheid.

De regering gaat in NL DIGIbeter op de kansen in, onder andere voor betere publieke dienstverlening en innovatie. Met dit advies beoogt de Afdeling daar een bijdrage aan te leveren, namelijk op de basisvoorwaarde van het rechtstatelijk functioneren door de overheid naar de burger toe.

w.g. de vice-president van de Raad van State.

Bijlage 1. Lopende wetgeving waarin digitalisering een rol speelt

Stand 1 september 2018

Voorstel i: implementatie EU-regeling (Kamerstukken) [keten-ID]	Aspect digitalisering	Laatste gebeurtenis	Ministers
Wet open overheid (33328)	vervangt de Wet openbaarheid van bestuur	aangenomen TK; wijzigings-wet volgt	initiatief-voorstel AZ, BZK
Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer [6161]	elektronisch verkeer burger-overheid kan verplicht worden	advies RvS	BZK
Wet digitale overheid (34972) [5654]	betrouwbare basis voor elektronische dienstverlening door de overheid	indiening TK	BZK
Wet elektronische publicatie algemene bekendmakingen en mededelingen [4952]	elektronische bekendmaking	internet-consultatie	BZK
wijziging van de Kieswet (elektronisch inleveren van kandidatenlijsten) (34258)	elektronisch inleveren van kandidatenlijsten	nota n.a.v. verslag TK	initiatief-voorstel BZK
Wijziging van de Paspoortwet [8464]	elektronische identificatie met een publiek identificatiemiddel	advies RvS	BZK
i Invoeringswet Omgevingswet (34986)	invoering Digitaal Stelsel Omgevingswet met gegevens over fysieke leefomgeving en vergunningaanvragen	verslag TK	BZK, Def, EZK, I&W, J&V, LNV, OCW
Modernisering Wetboek van Strafvordering (6 voorstellen)	o.a. digitaal strafproces	voor-bereiding	J&V
i wijziging Wet politiegegevens (34889) [7397]	tegenhanger van de AVG voor opsporing en vervolging	voorlopig verslag TK	J&V
wijziging Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens	doorgeven van begin en einde van vrijheidsbeneming aan woongemeente	voorbereiding	J&V
Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden [8727]	gegevensverwerking tussen publieke en private partijen voor toezicht en opsporing	internet-consultatie	J&V

>

Voorstel i: implementatie EU-regeling (Kamerstukken) [keten-ID]	Aspect digitalisering	Laatste gebeurtenis	Ministers
Computercriminaliteit III (34372)	justitie mag computers hacken	aangenomen EK	J&V
i Wet beveiliging netwerk- en informatiesystemen (voorheen Cybersecuritywet) (34883)	beveiliging van essentiële diensten (nieuwe Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity gaat in deze wet op)	voorlopig verslag EK	J&V
Aanpassing bewaarplicht telecommunicatiegegevens (34537)	vervangt richtlijn die door HvJEU ongeldig is verklaard	NvW aangekondigd	J&V, EZ
Ontwerpbesluit Experiment elektronische aanvraag rijbewijzen [7928]	elektronische aanvraag rijbewijzen	advies RvS	J&V
i Wet gebruik passagiersgegevens voor bestrijding van terroristische en ernstige misdrijven (34861) [7488]	verstrekking van passagiersgegevens aan derde landen	nader verslag TK	J&V
Organiseren van kansspelen op afstand (33996) [1374]	online gokken	nader VV EK	J&V, Fin
Wet register onderwijsdeelnemers (34878) [6672]	bundeling van diverse registers	nota n.a.v. Verslag	OCW
Wijziging van wetsvoorstel Aanpassingswet studie-financiering BES (novelle op Kst 34331) (34968) [8175]	boete bij niet-opzeggen OV-studentenkaart na einde studie	verslag TK	OCW
i Implementatiewet herziene richtlijn betalingsdiensten (34813)	elektronische betaling	NvW	Fin, J&V
Wet centraal aandeelhoudersregister (34661)	het register	advies RvS	initiatief- voorstel Fin, J&V
i Wet verwijzingsportaal bankgegevens [9397]	opvragen bankgegevens door politie, justitie, belasting via verwijzingsportaal	internet- consultatie gesloten	Fin
Wet omzetting aandelen aan toonder (34930) [8267]	afschaffing papieren aandelen (thuisbewaarders)	verslag TK	J&V

>

Voorstel i: implementatie EU-regeling (Kamerstukken) [keten-ID]	Aspect digitalisering	Laatste gebeurtenis	Ministers
Wet uitvoering antidopingbeleid (34543) [4968]	verwerking van gegevens van topsporters	2e nader voorlopig verslag TK	VWS
Wijziging Zorgverzekeringswet (elektronische zorgpolis) (34399) [6321]	zorgpolis kan elektronisch, tenzij cliënt bezwaar maakt	nota n.a.v. nader verslag TK	VWS
wijziging Wet op de lijkbezorging [7177]	digitalisering communicatie (euthanasieverslagen en doodsoorzaak)	internet-consultatie gesloten	VWS
wijziging Wegenverkeerswet (experimenten met geautomatiseerde systemen in voertuigen) (34838) [7404]	zelfrijdende auto	aangenomen TK	I&W

Bijlage 2. Initiatieven en voorstellen op Europees niveau

Stand 1 september 2018

Voorstel	Stand van zaken	Inwerkingtreding
Betere toegang tot digitale goederen en diensten in heel Europa		
Grensoverschrijdende overeenkomsten voor consumenten en bedrijven:		
Voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud (COM(2015) 634)	Goedgekeurd Commissie 9-12-2015, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 29-5-2018: Beraadslagingen in de Raad
Voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen (COM(2015) 635)	Goedgekeurd Commissie 9-12-2015, gewijzigd 31-10-2017, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 29-5-2018: Beraadslagingen in de Raad
Voorstel voor een verordening ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (COM(2018) 238)	Goedgekeurd Commissie 26-4-2018, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 13-07-2018: Beraadslagingen in de Raad
Voorstel voor een Verordening tot vaststelling van het programma Digitaal Europa voor de periode 2012-2027 (COM(2018) 434)	Goedgekeurd Commissie 8-6-2018, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 14-06-2018: Beraadslagingen in de Raad
Verordening (EU) 2017/2394 betreffende samenwerking consumentenbescherming (PB 2017, L 345)	Goedgekeurd Commissie 25-5-2016	17-1-2020
Verordening (EU) 2018/644 betreffende grensoverschrijdende pakketbezorging (PB 2018, L 112)	Goedgekeurd Commissie 25-5-2016	22-05-2018
Verordening (EU) 2018/302 inzake aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van consumenten op grond van nationaliteit of verblijfplaats (PB 2018, L 601)	Goedgekeurd Commissie 25-5-2016	03-12-2018
Voorstel voor een Verordening inzake een kader voor vrij verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens (COM(2017) 495)	Goedgekeurd Commissie 13-09-2017	Niet vermeld. 29-06-2018: Beraadslagingen in de Raad

>

Voorstel	Stand van zaken	Inwerkingtreding
Hervorming van het auteursrechtenstelsel:		
Verordening (EU) 2017/1128 betreffende de totstandbrenging van grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt (PB 2017, L 168)	Goedgekeurd Commissie 9-12-2015	20-03-2018
Voorstel voor een Richtlijn betreffende auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (COM (2016) 593)	Goedgekeurd Commissie 14-9-2016, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 25-5-2018: Beraadslaging in de Raad
Herziening van de satelliet- en kabelrichtlijn: Voorstel voor een verordening betreffende de uitoefening van het auteursrecht en de naburige rechten in bepaalde onlinediensten van omroeporganisaties (COM (2016) 594)	Goedgekeurd Commissie 14-9-2016	Niet vermeld. 19-12-2017: Beraadslagingen in de Raad
Vermindering van de administratieve lasten door het bestaan van verschillende btw-regelingen: Uitvoeringsverordening (EU) 2017/2459 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over toegevoegde waarde (PB 2017, L 348)	Goedgekeurd Commissie 1-12-2016	01-01-2019
Voorwaarden creëren die bevorderlijk zijn voor digitale netwerken en diensten		
Hervorming telecommunicatieregels:		
Besluit (EU) 2017/899 over het gebruik van de 470-790 MHz-frequentieband in de Unie (PB 2017, L 138)	Voorstel goedgekeurd door de mede- wetgevers op 25-5-2017	14-06-2017
Verordening (EU) 2017/920 wat betreft voorschriften voor wholesaleroamingmarkten (PB 2017, L 147)	Voorstel goedgekeurd Commissie 15-6-2016	12-06-2017
Voorstel voor een richtlijn tot vaststelling van een Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (COM (2016) 590)	Goedgekeurd Commissie 14-9-2016, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 29-6-2018: Beraadslagingen in de Raad
Verordening (EU) 2017/1953 ter bevordering van internettoegang in lokale gemeenschappen (WiFi4EU) (PB 2017, L 286)	Voorstel goedgekeurd Commissie 14-9-2016	04-11-2017
Herziening van de richtlijn audiovisuele mediadiensten (COM (2016) 287)	Goedgekeurd Commissie 25-5-2016, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 24-05-2017: Beraadslaging in de Raad

>

Voorstel	Stand van zaken	Inwerkingtreding
Voorstel voor een e-privacyverordening (herziening van de e-privacyrichtlijn) (COM (2017) 10)	Goedgekeurd Commissie 10-1-2017, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 10-07-2018: Beraadslagingen in de Raad
Maximaal groeipotentieel voor de digitale economie (actieplan voor e-overheid)		
Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van één digitale toegangspoort voor het verstrekken van informatie, procedures, hulp- en probleemoplossingsdiensten (beginsel dat informatie slechts eenmaal moet worden verstrekt) (COM (2017) 256)	Goedgekeurd Commissie 2-5-2017, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 15-06-2018: Beraadslagingen in de Raad
Voorstel voor een verordening inzake de invoering van een Europese e-card voor diensten en bijbehorende administratieve faciliteiten (COM(2016) 824) (koppeling van handelsregisters)	Goedgekeurd Commissie 10-1-2017, nog niet vastgesteld	Niet vermeld. 11-10-2017: Advies Comité van de Regio's
Voorstel voor een richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie (herschikking Richtlijn 2003/98) (COM(2018) 234)	Goedgekeurd Commissie 26-04-2018	Niet vermeld. 27-07-2018: Beraadslagingen in de Raad

Bijlage 3. Aangehaalde literatuur

Algemene Rekenkamer, *Basisregistraties 2014*

Algemene Rekenkamer, *Onderzoeksrapport Basisregistraties vanuit het perspectief van de burger, fraudebestrijding en governance*, Den Haag, 2014.

Van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming 2018*

B.M.A. (Marlies) van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming*, proefschrift, Tilburg 2018.

De Jong, Berghout & Van Twist, *Niet te stoppen 2018*

Henk de Jong, Egon Berghout & Mark van Twist, *Onderzoeksrapport over de aansturing en besluitvorming omtrent de operatie Basisregistratie Personen (brp)*, Kamerstukken II 2017/18, 27 859 nr. 124, bijlage.

Kranenborg & Verhey, *De AVG 2018*

H.R. Kranenborg en L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer 2018.

Lokin, *Wendbaar wetgeven 2018*

Mariette Lokin, *Wendbaar wetgeven. De wetgever als systeembeheerder*, proefschrift Vrije Universiteit, Boom Juridisch (verschijnt op 31 oktober 2018).

Van Male, *Digitalisering van discretionaire bevoegdheden 2017*

R.M. van Male, "Digitalisering van discretionaire bevoegdheden: verkenning van rechtsstatelijke grenzen bij het voorbereiden, nemen en bekendmaken van besluiten", in: R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen, A.M.M.M. Bots & J.A.F. Peters (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 263-284.

Meuwese, *Grip op normstelling in het datatijdperk 2017*

A.C.M. Meuwese, "Grip op normstelling in het datatijdperk", preadvies voor de Vereniging voor bestuursrecht (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch, 2017.

Nationale ombudsman, *Gevraagd: maatwerk! 2015*

Nationale ombudsman, *Gevraagd: maatwerk! Een onderzoek naar de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst*, (rapportnummer: 2015/025), Den Haag: Nationale Ombudsman 2015.

Nationale ombudsman, *Het verdwijnen van de blauwe envelop* 2016

Nationale ombudsman, *Het verdwijnen van de blauwe envelop. Een onderzoek naar de digitalisering van het berichtenverkeer van de Belastingdienst*, 5 april 2016, (rapportnummer: 2016/030), Den Haag: Nationale Ombudsman 2016.

Nationale Ombudsman, *Hoezo MijnOverheid?* 2017

Nationale Ombudsman, *Hoezo MijnOverheid? Onderzoek naar knelpunten voor burgers bij MijnOverheid / de Berichtenbox*, (rapportnummer: 2017/098), Den Haag: Nationale Ombudsman 2017.

Nationale Ombudsman, *SVB: Digitaliseren = informeren* 2017

Nationale Ombudsman, *SVB: Digitaliseren = informeren. Een onderzoek naar de communicatie van de SVB over digitalisering*, (rapportnummer 2017/001), Den Haag: Nationale Ombudsman 2017.

Prakken, *NJB 2018, blz. 269-274*

Henry Prakken, "Komt de robotrechter er aan?"; *Nederlands Juristenblad* 26 januari 2018, aflevering 4, blz. 269-274.

Rathenau, *Opwaarderen* 2017

L. Kool, J. Timmer, L. Royakkers & R. van Est, *Opwaarderen - Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017

Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting* 2017

M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein*, Kamerstukken II 2017/18, 34 477 nr. 27, bijlage.

Stevens, *Vertrouwen in de toekomst* 2018

L. Stevens, *Vertrouwen in de toekomst; vertrouwen in elkaar, persoonlijke reflecties op belastingheffing in turbulente omstandigheden*, 2018

Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel* 2004

Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel. Over de kwaliteit van wetgeving*, oratie, Universiteit Maastricht, 2004

Widlak & Peeters, *De Digitale Kooi* 2018

A. Widlak & R. Peeters, *De Digitale Kooi. Over (on)behoorlijk bestuur door Informatiearchitectuur*, Den Haag: Boom bestuurskunde 2018.

WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving* 2016

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2016.

WRR, *iOverheid* 2011

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam:
Amsterdam University Press, 2011.

WRR, *Weten is nog geen doen* 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen*.
Een realistisch perspectief op redzaamheid, Den Haag: 2017.

