

Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Algemene wet bestuursrecht Bijlage bij (internet)consultatiestukken wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb

1. Inleiding

De overheid maakt in toenemende mate gebruik van digitale technologie in de vorm van algoritmen.¹ Deze geautomatiseerde inzet van algoritmen kan maatschappelijk winst opleveren, maar brengt soms ook risico's met zich mee, zoals het risico op discriminatie² of dat onduidelijk is op basis van welke regels of feiten besluiten worden genomen (reconstrueerbaarheid).

Dit laatste is van belang voor de waarborgen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent voor de totstandkoming en motivering van het besluit.

Bestuursorganen die in de praktijk gebruik maken van algoritmen, doen dat op verschillende manieren. Om die reden bieden we bij deze consultatie graag gelegenheid om vanuit de praktijk inbreng op dit onderwerp te leveren. Daartoe dienen de vragen aan het einde van dit document. Ter toelichting daarop komt hierna de context aan de orde van het gebruik van algoritmen en het gesprek dat daarover in politiek, wetenschap en samenleving wordt gevoerd. In de notitie wordt ingegaan op het begrip algoritmische besluitvorming, het maatschappelijke en politieke debat tot nu toe en vaak genoemde problemen bij het gebruik van algoritmen. Vervolgens wordt de huidige (juridische) situatie geschetst. Uit de Awb en de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) volgen reeds duidelijke normen bij de toepassing van algoritmen. Tegen deze achtergrond vindt deze reflectie plaats. Voor de volledigheid wordt vermeld welke andere beleidsacties het kabinet onderneemt op het terrein van de transparantie van algoritmen. Tenslotte wordt een aantal uitgangspunten en dilemma's uiteengezet waarop reflectie wordt gevraagd in de (internet)consultatie aan de hand van een aantal vragen (zie paragraaf 9)

2. Aandacht van Tweede en Eerste Kamer voor algoritmische besluitvorming

In de Tweede Kamer is een aantal moties hierover aangenomen en er is een toezegging aan de Eerste Kamer gedaan. Het gaat ten eerste om de motie-Van Baarle waarin de regering wordt verzocht te onderzoeken hoe de motiveringsplicht bij overheidsbesluiten zodanig aangepast kan worden dat bij een besluit altijd wordt aangegeven of dit is gebaseerd op een algoritme of op risicoprofilering.³ Ten tweede verzoekt de motie Slootweg de regering binnen het bestuursrecht de positie van burgers te versterken wanneer zij overheidsorganisaties willen aanspreken omdat fouten in besluiten van overheidsorganisaties gebaseerd zijn op het algoritmegebruik. De motie verzoekt de regering te bezien of uitbreiding of explicitering van de Algemene wet bestuursrecht op dit punt tot de gewenste verbetering kan leiden.⁴ Verder heeft de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in de Eerste Kamer toegezegd werk te willen maken van het onderwerp transparantie van algoritmen in relatie tot besluitvorming op grond van de Algemene wet bestuursrecht.⁵

Ter uitvoering van deze moties en de toezegging, zijn door de ministeries van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de mogelijkheden verkend, onder meer door in de pre-consultatie bij het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb vragen te stellen over de huidige praktijk. Tevens is in de pre-consultatie een expertsessie over algoritmische besluitvorming georganiseerd. De inbreng uit de pre-consultatie heeft geleid tot verdere vragen en mogelijke oplossingsrichtingen. De uitwerking hiervan wordt door middel van deze notitie bij de start van de (internet)consultatie van het wetsvoorstel wederom voorgelegd. Dit heeft tot doel

¹ Algemene Rekenkamer 2021, Rathenau Instituut 2022, WRR 2021, Hooghiemstra en Partners 2021. Hierbij kan worden opgemerkt dat het gebruik van algoritmen op zichzelf niet nieuw is. In de jaren '60 van de vorige eeuw begon de overheid computers te gebruiken bij de uitvoering van wetgeving. Inmiddels is dit niet meer weg te denken in de dagelijkse uitvoeringspraktijk en de werkprocessen daarbij zoals het nemen van besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, het toezicht op de naleving van wetten en regels en de handhaving daarvan. Heukelom-Verhage deelt de omslag naar een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving in drie fasen in: die van analoog naar digitaal, van digitaal naar data en van data naar datagedreven diensten en concepten. Zie S. Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving, #HoeDan?', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: BJu 2020.

² Zie *In alle openheid: transparant algoritmegebruik door de overheid. Oproep voor een wettelijke transparantie-eis bij algoritmegebruik door de overheid* (Position paper van het College voor de Rechten van de Mens van 29 juni 2023), Utrecht: CRM 2023, te downloaden via <http://www.mensenrechten.nl/actueel/nieuws/2023/06/29/college-verplichte-melding-en-uitleg-bij-gebruik-algoritmes-door-overheid>. Zie tevens het rapport 'Gelijk recht doen' van de Parlementaire onderzoekscmissie effectiviteit antidiscriminatie wetgeving (POC) van de Eerste Kamer van 14 juni 2022, *Kamerstukken I 2022/23*, CXLVI, nr. X en de tweede rapportage AI- & algoritmerisico's Nederland (RAN) - najaar 2023 van de Autoriteit Persoonsgegevens, <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/documenten/rapportage-ai-algoritmerisicos-nederland-ran-najaar-2023>.

³ *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 765.

⁴ *Kamerstukken II 2022/23*, 26643 nr. 994

⁵ Dit is toegezegd in het plenair debat Grip op algoritmische besluitvorming bij de overheid (CXLVII) - Eerste Kamer der Staten-Generaal d.d. 21 maart 2023.

nadere inbreng op te halen, die kan bijdragen aan de verdere gedachtenvorming over de wenselijkheid om al dan niet normen in de Awb op te nemen en zo ja, welke.

3. *Verskillende omschrijvingen van het begrip algoritmische besluitvorming*

Zoals Wolswinkel aangeeft in zijn oratie⁶ is een algoritme in de kern niets meer dan een gespecificeerde en eindige reeks instructies waarmee input wordt omgezet in output. Anders gezegd: een algoritme is een set van regels en instructies die wordt gevolgd bij het maken van berekeningen om een probleem op te lossen of een vraag te beantwoorden. De mate waarin een geautomatiseerde inzet van een algoritme de inhoud van een (te nemen) besluit bepaalt, is zeer wisselend. De Raad van State onderscheidt in de publicatie 'Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak'⁷ de volgende situaties:

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. Het algoritme adviseert in deze situatie en de mens neemt 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;
 - c. De situatie 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.

De Poorter en Goossens spreken samengevat over volledig geautomatiseerde besluitvorming zonder noemenswaardige interventie versus situaties waarin bijkomende menselijke tussenkomst nodig is om tot een besluit te komen en geautomatiseerd gebruik een middel is om een deel van de besluitvorming voor te bereiden.⁸

Een algoritme kan ook analoog worden gebruikt, dus zonder hulp van een computersysteem. Deze notitie richt zich evenwel op het geautomatiseerd gebruik van algoritmen bij besluitvorming. Wolswinkel onderscheidt in zijn oratie geautomatiseerde besluitvorming (wanneer besluiten worden genomen met behulp van een computersysteem) en algoritmische besluitvorming (besluitvorming waarin een set instructies wordt gebruikt om een bepaalde taak uit te voeren zonder dat daarbij een computersysteem wordt ingezet).⁹ Hij bakent bovendien de begrippen af door op te merken dat voor niet-algoritmische besluitvorming kenmerkend is dat een vooraf vastgesteld stappenplan ontbreekt voor de uitoefening van de bevoegdheid.

Verder signaleert hij dat wie naar het openbaar bestuur kijkt, een veelheid aan verschijningsvormen kan ontwaren, waarbij een clustering *rule-based* algoritmen versus *case-based* algoritmen door de overheid is gehanteerd¹⁰ en een typologie die vijf (voorbeelden van) algoritmen onderscheidt op basis van hun complexiteit.¹¹ Bij *rule-based* algoritmen¹² vormen de regels samen met de gegevens de input voor het algoritme, terwijl er bij *case-based* algoritmen, twee fasen moeten worden onderscheiden. Tijdens het trainen van het algoritme zijn voorbeelden de input van het algoritme en de regel de output. De geleerde regels vormen vervolgens, net als bij *rule-based* algoritmen samen met de gegevens de output van het algoritme.¹³ De Poorter en Goossens noemen als voorbeeld van een *rule-based* algoritme 'als x , dan y '. Het gaat in dit voorbeeld om een relatief eenvoudige beslisboom. Kenmerkend voor *rule-based* algoritmen is over het algemeen dat het in beginsel gaat om een vertaling van wetgeving in beslisregels waarbij er weinig

⁶ C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg University 2020).

⁷ *Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak* (publicatie Raad van State van mei 2021), Den Haag: RVS 2021.

⁸ J.C.A. de Poorter en J. Goossens, Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht, *NJB* 2019/2777, afl. 44, p. 3306.

⁹ Wolswinkel 2020.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 2-3.

¹¹ *Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door de overheid* (richtlijnen van het Ministerie van Justitie en Veiligheid), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 641.

¹² Binnen de kunstmatige intelligentie ook wel expertsystemen genoemd. Zie C.J. Wolswinkel, 'Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als moving target', in: *Transparantie en openbaarheid* (VAR-reeks 168), Den Haag: BJu 2022, p. 175.

¹³ Robert Goené merkt in het onderzoeksrapport 'Proactief maatwerk, een inventarisatie van mogelijkheden en knelpunten in de uitvoeringspraktijk' op dat bij datagedreven werken simpele tot zeer complexe data-analyse technieken worden gebruikt, maar dat ook individuele, niet-geaggregeerde gegevens een signaalfunctie kunnen hebben. Het begrip *case-based reasoning* gebruiken voor het zeer brede en sterk in ontwikkeling zijnde veld van data analyse is volgens hem potentieel verwarrend, zie voetnoot 43 in het rapport, www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2023Z16464&did=2023D40137. Verder wordt met deze omschrijving geen rekening gehouden met de zogeheten trainingsfase van een algoritme en het daadwerkelijk in werking hebben van het algoritme. De beschrijving slaat alleen op de eerste fase, in de tweede fase werkt het algoritme *rule-based*.

interpretatie/beoordelingsruimte is, maar een *rule-based* systeem kan ook heel complex zijn. Bij *case-based* algoritmen gaat het om een proces waarbij de computer zichzelf traint (of door een mens of andere computer wordt getraind) om patronen en correlaties te herkennen in over het algemeen grote data sets om vervolgens op basis daarvan voorspellingen te doen.¹⁴ Dit wordt ook wel *machine learning* genoemd. *Machine learning* is erop gericht computers te laten leren van de gegevens die zij verwerken of om ze gegevens te laten gebruiken om hun prestaties te verbeteren. Er kan dan sprake zijn van zogeheten *supervised learning*, waarbij de computer een set historische gegevens krijgt aangereikt en door mensen bepaalde indicatoren en parameters. De algoritmen worden dan wel op data getraind en kunnen wellicht zelfs suggesties ter verbetering doen, maar veranderen uiteindelijk pas door middel van het handmatig met menselijke tussenkomst uitbrengen van een nieuwe versie (dit kan een 'getraind algoritme' worden genoemd). Bij *unsupervised learning* passen algoritmen zichzelf aan (dat kan een 'autonoom lerend' algoritme worden genoemd). Wolswinkel noemt de ontwikkeling van *deep learning*. Het betreft een geavanceerd onderdeel van *machine learning* waarbij tussen de input- en outputdata een aantal verborgen lagen worden geïntroduceerd, waartussen het algoritme beweegt om de benadering van de werkelijke functie zoveel mogelijk te realiseren.¹⁵ De verbanden tussen de verschillende variabelen zijn zelfs voor degenen die het algoritme hebben ontworpen, vaak niet meer uitlegbaar, waardoor soms wordt gesproken over het *black box*-karakter van *machine learning* technieken zoals *deep learning* alsook de meer klassieke technieken zoals bijvoorbeeld support vector machines.¹⁶

4. Het politieke en maatschappelijke debat

Er is veel politieke en maatschappelijke belangstelling voor algoritmische besluitvorming. Zo verzoekt de eerdergenoemde motie-Van Baarle de regering onderzoek te doen naar de motiveringsplicht bij algoritmische besluitvorming. Deze motie past in een beweging waarbij het parlement meer inzicht in en controle over het gebruik van algoritmen en andere vormen van kunstmatige intelligentie door de overheid beoogt te krijgen. In de Tweede Kamer heeft de tijdelijke commissie Digitale toekomst aanbevelingen gedaan voor meer parlementaire grip op digitalisering¹⁷, hetgeen heeft geleid tot de vaste Tweede Kamer commissie Digitale Zaken. In 2020 heeft de commissie voor Justitie en Veiligheid van de Eerste Kamer de werkgroep artificiële intelligentie ingesteld.¹⁸ De werkgroep wil verkennen hoe de kennis van de leden van de Eerste Kamer over artificiële intelligentie vergroot kan worden. De werkgroep wordt mede ondersteund door het Rathenau Instituut. Ter ondersteuning van de verkenning van de werkgroep heeft het Rathenau Instituut de notitie 'Grip op de algoritmische besluitvorming bij de overheid: de rol van de Eerste Kamer' opgesteld.¹⁹ Hierna zijn verschillende handelingsperspectieven door de commissie geïdentificeerd waaronder de handelingsoptie: Wettelijke verankering – Stel wettelijke eisen aan uitlegbaarheid. Tevens zijn diverse deskundigen bijeenkomsten georganiseerd²⁰ en heeft een debat over algoritmische besluitvorming plaatsgevonden op 21 maart 2023.

Ook de Hoge Colleges van Staat hebben publicaties over het onderwerp uitgebracht²¹, waaronder de al eerdergenoemde publicatie van de Raad van State over digitalisering van wetgeving en bestuursrechtspraak.²² Hierin worden diverse aanbevelingen gedaan in het kader van algoritmische besluitvorming te weten:

- Er zou een recht op informatie moeten komen, namelijk dat er in het besluit komt te staan of gebruik wordt gemaakt van algoritmen en hoe men daar meer informatie over kan krijgen;²³
- Er zou een nieuwe titel in hoofdstuk 4 moeten komen over algoritmische besluitvorming;²⁴
- Er zou geregeld moeten worden dat de overheid geen algoritmes mag gebruiken die dusdanig complex zijn dat ze niet meer uitlegbaar zijn;²⁵

¹⁴ De Poorter en Jurgens 2019, p. 3.

¹⁵ Wolswinkel 2020.

¹⁶ Het betreft algoritmen die data analyseren t.b.v. classificatie en regressie analyse.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35229, nr. 10 (Rapport van de tijdelijke commissie Digitale Toekomst, 'Update vereist. Naar meer parlementaire grip op digitalisering').

¹⁸ https://www.eerstekamer.nl/kamerstukdossier/grip_op_algoritmische.

¹⁹ *Grip op algoritmische besluitvorming bij de overheid; De rol van de Eerste Kamer* (Rathenau Instituut, maart 2021), bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, CXLVII, nr. A. Het rapport is te downloaden via <https://www.rathenau.nl/nl/digitalisering/grip-op-algoritmische-besluitvorming-bij-de-overheid-de-rol-van-de-eerste-kamer>.

²⁰ *Kamerstukken I* 2021/22, CXLVII, A. Het verslag van de drie deskundigenbijeenkomsten is ook te downloaden via https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20211110/verslag_van_drie/meta.

²¹ *Aandacht voor algoritmes* (rapport d.d. 14 januari 2021 van de Algemene Rekenkamer), bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 26643, nr. 737; *Een burger is geen dataset. Ombudsvisie op behoorlijk gebruik van data en algoritmen door de overheid* (publicatie d.d. 2 maart 2021 van de Nationale Ombudsman), Den Haag: NO 2021.

²² De Raad van State geeft hiermee een vervolg aan het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van 31 augustus 2018 (*Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557) over de effecten van de digitalisering voor de positie van burgers en heeft bij het opstellen van deze publicatie tevens de bevindingen van de Tijdelijke Commissie Digitale Toekomst van de Tweede Kamer betrokken.

²³ *Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak* 2021, p. 16, 20 en 76.

²⁴ *Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak* 2021, p. 97 en 80.

²⁵ *Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak* 2021, p. 81.

- Het bestuursprocesrecht zou meer op algoritmische besluitvorming kunnen/moeten worden toegesneden.²⁶

Verder is een wat meer recente publicatie afkomstig van het College voor de Rechten van de Mens²⁷, die een wettelijke regeling voor algoritmische transparantie bepleit, die leidt tot:

- Een afrekenbare verplichting voor bestuursorganen om algoritmegebruik bij iedere beschikking te melden en uit te leggen;
- Meer informatie en een betere rechtspositie voor burgers die met algoritmes te maken hebben;
- Een regeling voor een bindende, onafhankelijke mensenrechtelijke toets vooraf in situaties waarin algoritmen echt niet openbaar kunnen worden gemaakt.

Daarnaast heeft de Ombudsman Metropool Amsterdam in de pre-consultatie reactie op het wetsvoorstel aangedrongen op wettelijke regulering aanvullend op de Algemene verordening gegevensbescherming en de Wet politiegegevens. Meer specifiek wordt aanbevolen te verplichten algoritmen die gebruikt worden bij besluitvorming in een register op te nemen en hiervoor eisen te formuleren. Verder is een koppeling met het klachtrecht nodig. Bestuursorganen zouden klachtenfunctionarissen ondersteuning moeten bieden bij het tijdig opsporen bij eventuele problemen bij de inzet van een AI. Ook worden strengere normen over de voorbereiding van besluiten aanbevolen.

5. *Genoemde problemen en risico's in het kader van algoritmische besluitvorming*

De roep om wettelijke regulering komt voort uit een aantal problemen en risico's die worden genoemd in het politieke en maatschappelijke debat, maar ook door de wetenschap en (meer indirect) de rechtspraak. Deze kunnen globaal genomen als volgt worden samengevat:

- 1) Transparantie en uitlegbaarheid op individueel niveau: een burger of bedrijf is er niet altijd van op de hoogte voorwerp te zijn geweest van algoritmisch bepaald toezicht of algoritmische besluitvorming en/of daar is geen uitleg over gegeven;
- 2) Omdat er geen specifieke wettelijke regeling over het gebruik van algoritmen door de overheid is, moeten bestuur en rechter terugvallen op algemene kaders en een versnipperd en onoverzichtelijk geheel van (semi)juridische normen en afspraken;
- 3) De rechtsbescherming in geval van algoritmische besluitvorming en de inzet van algoritmen in het toezicht laat te wensen over;
- 4) De collectieve effecten van het gebruik van algoritmen bij toezicht en besluitvorming zijn niet inzichtelijk (of overzichtelijk). Daarom is (democratische) controle onvoldoende mogelijk;
- 5) De hiervoor genoemde problemen brengen allerlei risico's met zich mee, bijvoorbeeld het risico dat algoritmen discriminerend uitwerken of dat besluiten worden genomen op basis van onjuiste aannames of regeltoepassing. Deze risico's doen zich ook voor bij niet geautomatiseerd gebruik van algoritmen. Omdat algoritmen kunnen worden ingezet in massale besluitvormingsprocessen, kunnen de gevolgen echter veel ernstiger zijn (namelijk neerslaan aan op veel grotere groepen) en bovendien langdurig uit het zicht blijven.

6. *Huidig praktijk rondom het gebruik van algoritmen binnen het openbaar bestuur*

Zoals eerder opgemerkt neemt het gebruik van algoritmen door de overheid toe. Het kabinet Rutte-III heeft diverse onderzoeken laten uitvoeren om een beeld te krijgen van het type algoritmegebruik in uiteenlopende publieke sectoren, de soorten algoritmen (*rule-based*, zelflerend), de mogelijke risico's en kaders om de risico's te beteugelen.²⁸ Uit het onderzoek komt naar voren dat met name sprake is van gebruik van *rule-based* algoritmen, dus algoritmen waar de regel centraal staat en deze samen met de gebruikte data (vaak persoonsgegevens aangeleverd door bijvoorbeeld een aanvrager zelf of opgehaald uit overheidssystemen) het besluit bepalen, dan wel een belangrijke bijdrage leveren aan de belangenafweging en de uitkomst daarvan. Daarnaast is er een toename van data gedreven toepassingen met lerende elementen in de domeinen zorg, infra, opsporing en toezicht, als onderdeel van de *case-based* algoritmen. Van

²⁶ Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak 2021, diverse aanbevelingen, p. 59 tot en met 64.

²⁷ In alle openheid: transparant algoritmegebruik door de overheid. Oproep voor een wettelijke transparantie-eis bij algoritmegebruik door de overheid 2023.

²⁸ Zie het Rathenau onderzoek Algoritmes afwegen (2022): "Het vorige kabinet heeft diverse onderzoeken laten uitvoeren om meer zicht te krijgen op mensenrechtelijke risico's van dit soort systemen (Vetzo et al. 2018; Rathenau Instituut, 2017; Kamerstukken II 2019-2020. 26643, nr. 642; Kamerstukken II 2020-2021. 26643, nr. 765; Kulk & van Deursen, 2020). Er zijn risico's geconstateerd met betrekking tot privacy, gelijke behandeling, eerlijkheid en maatwerk, procedurele rechten en vrijheidsrechten. Bovendien hebben Hoge Colleges van Staat in 2021 gewezen op bestuurlijke en staatsrechtelijke risico's bij digitale overheidsbesluitvorming (RvS 2021, ARK 2021). Ook de Raad voor het Open Bestuur deed dit (ROB 2021). Ze publiceerden toetsingskaders om de wet beter toepasbaar te maken en mensenrechtelijke risico's in een vroeg stadium te identificeren en te verkleinen."

de meer zelflerende algoritmen in de categorie *case-based*, laat staan de *deep learning* systemen is bij de overheid vooralsnog geen sprake, of enkel in een pilotfase.

In de pre-consultatie is aan uitvoeringinstanties en decentrale overheden gevraagd of de organisatie gebruik maakt van algoritmische besluitvorming en zo ja, of men daarover communiceert naar mensen, bedrijven en anderen op wie de Awb van toepassing is en zo ja hoe. Dit heeft de volgende informatie opgeleverd:

- De Rijksdienst voor ondernemend Nederland (RVO) maakt op beperkte schaal gebruik van algoritmische besluitvorming. RVO werkt aan het opzetten van een algoritmeregister en neemt deel aan de door BZK gecoördineerde Interbestuurlijke Werkgroep Algoritmes. Meer in het bijzonder kan daaraan nog worden toegevoegd dat de ethische aspecten rondom het gebruik van algoritmen en data nadrukkelijk onderwerp van gesprek zijn binnen RVO. Onderdeel daarvan is onder meer wat RVO kan of wil bekendmaken over gehanteerde algoritmes.
- Het Centraal bureau rijvaardigheidsbewijzen (CBR) maakt in het kader van de verwerking van de Gezondheidsverklaring rijbewijs in sommige gevallen waarin de Verklaring van geschiktheid kan worden afgegeven gebruik van geautomatiseerde besluitvorming. Het CBR informeert de betrokkenen hierover middels de privacyverklaring op de CBR-website: <https://www.cbr.nl/nl/over-het-cbr/over/privacyverklaring.htm>
- Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) maakt in zijn uitvoeringsprocessen soms gebruik van algoritmes, bijvoorbeeld bij de afhandeling van WW-aanvragen. Het inzetten van algoritmes staat overigens niet gelijk aan automatische besluitvorming. Het UWV is bezig alle gevallen van algoritmes die cliënten raken te beschrijven in een algoritmeregister. In dit register is per algoritme aangegeven wat het doel is, welke gegevens het algoritmeregister verwerkt en op welke manier dat gebeurt. Het register is nog in ontwikkeling en online in te zien via www.uwv.nl/overuwv/organisatie/agoritmeregister-uwv.
- De SVB gebruikt algoritmes in besluitvorming. In diverse regelingen gebruikt de SVB algoritmes voor de vaststelling van rechten. De SVB communiceert daarover op een algemene manier, op de website in de vorm van een register, ook opgenomen in het landelijke algoritmeregister. De SVB communiceert in de beschikkingen/brieven naar burgers niet expliciet over algoritmegebruik.
- De VNG heeft aangegeven dat het thema algoritmische besluitvorming niet verder is uitgewerkt in de uitvoeringsscan ten behoeve van de pre-consultatie. De VNG heeft opgemerkt dat wel eerder een impactanalyse is gemaakt naar de richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door gemeenten.²⁹ Uit die analyse (pagina 2) blijkt: "De ervaring met het ontwikkelen en toepassen van algoritmen in de context van nieuwe technologieën loopt sterk uiteen bij gemeenten. Ook de mate waarin bestaande kaders en wetgeving al toegepast wordt is divers. Gemeenten werken met data-analyses binnen kaders van verschillende wetten. Daarnaast zijn er nationaal en internationaal verschillende kaders en methoden gericht op datatoepassingen, beveiliging en aanverwante onderwerpen die gemeenten in verschillende mate al toepassen." Uit die analyse (pagina 41) blijkt ook "*dat gemeenten nog weinig ervaring hebben met (structureel) communiceren over de toepassing van algoritmen. Dit geldt ook voor gemeenten die wel al langer bezig zijn met de ontwikkeling en toepassing. Communicatie is tot nu toe meestal niet proactief maar naar aanleiding van vragen uit publiek, media of Raad.*" Een aanbeveling uit die impactanalyse (pagina 42) was dan ook "*Bied concrete handvatten hoe te communiceren over de toepassing van algoritmen voor een groter publiek. Maak daarbij ook onderscheid tussen verschillende (publieke) doelgroepen zoals burger, media en volksvertegenwoordigers. Ook hier geldt dat gemeenten handvatten kunnen gebruiken bij het 'hoe' van de voorlichting naast het 'wat', bijvoorbeeld in de vorm van een handreiking, die gemeenten zelf kunnen vertalen naar de taal van de inwoners met een notie van maatschappelijke signalen en zorgen rond algoritmen.*"

7. Huidige (juridische) kaders voor transparantie bij het gebruik van algoritmen

Het huidig juridisch kader en diverse andere reeds gemaakte of in ontwikkeling zijnde afspraken en acties ondervangen al veel van de genoemde problemen en risico's. Hierbij geldt dat transparantie steeds als opmaat kan worden gezien richting controle en toetsing.

Zoals de Raad van State en het College voor de Rechten van de Mens terecht betogen is transparant zijn over het gebruik van algoritmen in beschikking procedures geen nieuw op zichzelf staand recht,

²⁹ Zie https://vng.nl/sites/default/files/2020-12/rapportage-impactanalyse-richtlijnen-voor-het-toepassen-van-algoritmen-def_-11.pdf.

maar een voortvloeisel uit inmiddels algemeen erkende rechten voor burgers. In het navolgende worden die betreffende rechten samengevat.

(U)AVG

Bij het uitvaardigen van beschikkingen in de zin van artikel 1:3, tweede lid, van de Awb worden doorgaans persoonsgegevens verwerkt. Op de verwerking van persoonsgegevens, is de AVG van toepassing.³⁰ In artikel 5 van de AVG worden de belangrijkste principes met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens uiteengezet. Dit zijn de principes van rechtmatigheid, behoorlijkheid, transparantie, doelbinding, minimale gegevensverwerking, juistheid, opslagbeperking, integriteit en vertrouwelijkheid. Daarvan heeft het principe van transparantie de meeste raakvlakken met de motiveringsplicht uit de Awb. Dit principe vereist dat betrokkene inzicht wordt geboden over de wijze waarop diens persoonsgegevens worden verwerkt. Zonder dat inzicht, kan de betrokkene immers ook niet controleren of diens andere rechten wel geborgd zijn. De transparantieverplichting is in de AVG verder uitgewerkt in diverse bepalingen. In bijzonder relevant is hier hoofdstuk III, afdeling 2. Op grond daarvan moet de verwerkingsverantwoordelijke bij de verzameling van persoonsgegevens aan de betrokkene actief informatie verstrekken over onder andere:

- de verwerkingsdoeleinden waarvoor de persoonsgegevens zijn bestemd, alsook de rechtsgrond voor de verwerking;
- dat de betrokkene het recht heeft de verwerkingsverantwoordelijke te verzoeken om inzage van en rectificatie van de persoonsgegevens;
- of de verstrekking van persoonsgegevens een wettelijke of contractuele verplichting is dan wel een noodzakelijke voorwaarde om een overeenkomst te sluiten, en of de betrokkene verplicht is de persoonsgegevens te verstrekken en wat de mogelijke gevolgen zijn wanneer deze gegevens niet worden verstrekt (bij gegevens die direct van de betrokkene zelf worden verkregen);
- de bron waar de persoonsgegevens vandaan komen, en in voorkomend geval, of zij afkomstig zijn van openbare bronnen (bij gegevens die niet direct van de betrokkene zelf zijn verkregen);
- het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van de in artikel 22, leden 1 en 4, bedoelde profilering, en, tenminste in die gevallen, nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.

De betrokkene kan ook zelf om al deze informatie verzoeken. Bovendien heeft de betrokkene het recht om een kopie te krijgen van al diens persoonsgegevens die worden verwerkt.

De bovengenoemde rechten kunnen door nationaal recht worden ingeperkt om bijvoorbeeld redenen van openbare veiligheid of opsporing, mits die beperkingen de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laten en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel zijn. De AVG ziet dus ruimte om van deze rechten af te wijken voor bijvoorbeeld opsporing- en handhavingsdoeleinden. In artikel 40 UAVG is hiervan gebruik gemaakt en is bepaald dat artikel 22, eerste lid, van de verordening niet geldt indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Het handelen van bestuursorganen richting burgers en bedrijven wordt genormeerd door het geschreven en ongeschreven bestuursrecht. In het bestuursrecht gelden diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de context van algoritmische besluitvorming, zijn de volgende vier het belangrijkste: zorgvuldigheid, motivering, gelijkheid, evenredigheid. Net als de transparantieverplichting uit de AVG, is het hier het motiveringsbeginsel dat voor de belanghebbende inzichtelijk moet maken of de beschikking voldoet aan de overige beginselen.

Uit artikel 3:46 Awb volgt dat de motivering van een besluit deugdelijk moet zijn. Dit wordt doorgaans uitgelegd als het beginsel dat overheidsbesluiten gebaseerd dienen te zijn op een draagkrachtige en kenbare motivering.

Het College voor de Rechten van de Mens geeft daaraan de volgende uitleg:

³⁰ De AVG is overigens op grond van artikel 2, tweede lid, onderdeel d, niet van toepassing op de meeste taken van de politie. Daarop is Richtlijn 2016/680/EU van toepassing, die in Nederland is geïmplementeerd in de Wet politiegegevens.

*"Draagkrachtig' betekent dat het besluit verklaard wordt door een logisch sluitende, complete redenering. De motivering is zodanig compleet dat de inhoud van het besluit er consistent en begrijpelijk door wordt verklaard. Dat wil zeggen: met wat als toelichting bij een besluit vermeld is, kan de inhoud van een besluit logisch gereconstrueerd worden. Als deze reconstructie niet mogelijk is, voldoet een besluit niet aan artikel 3:47 Awb. De motivering van een besluit dat niet tot stand had kunnen komen zonder een bepaald algoritme, maar waarbij dat algoritme niet is vermeld, kan dat besluit dus niet 'dragen'. Is een algoritme gebruikt en omvatten de instructies van het algoritme een deel van de beslissing, dan is er dus een verplichting om het algoritmegebruik te melden. Nu algoritmes kunnen worden gedefinieerd als instructies die een of meer beslisregels vormgeven, is de verplichting tot transparantie over de werking ervan een gegeven. Een overheid die gebruik maakt van voor de besluitvormingsketen onmisbare algoritmes, maar deze niet meldt en uitlegt, schendt die Awb-verplichting."*³¹

De Raad van State zegt hierover: *"Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt [advies 2018)], 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."*³²

Jurisprudentie

Er zijn ook enkele gerechtelijke uitspraken die van invloed zijn.³³ In de AERIUS-uitspraak³⁴ zijn door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) regels gesteld over de informatieplicht bij het gebruik van rekenmodellen. De zaak ging over de AERIUS-calculator, een computerprogramma dat door belanghebbenden moest worden gebruikt om stikstofdepositie te berekenen. De Afdeling kan het nut van het gebruik van zo'n soort systeem wel onderschrijven, maar betoogde dat gebruik van dit systeem *"echter ook het risico met zich [brengt] dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. 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 (...)"*³⁵

De Afdeling stelde vervolgens dat de overheidsorganisatie in kwestie uit eigen beweging de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig en tijdig openbaar moet maken, op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Die informatie moet voldoende zijn om 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.

In de Blankenburg-uitspraak³⁶ ook wel AERIUS II genoemd, heeft de Afdeling de bovenstaande verplichting verder verfijnd. Uit eigen beweging moeten aan de belanghebbenden zogeheten maatwerkgegevens worden overgelegd. Dat zijn alle aan het gebruik van het programma ten grondslag liggende gegevens van de gebruiker, waaronder op de zaak betrekking hebbende invoerdata, grafische weergaven en afbeeldingen. Dit is volgens deze uitspraak noodzakelijk zodat belanghebbenden kunnen bepalen of zij gebruik willen maken van de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen tegen het ontwerpbesluit of van het recht in beroep te gaan tegen het definitieve besluit, maar ook om de juistheid van de gebruikte gegevens, de gemaakte berekeningen en de daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen inhoudelijk te kunnen betwisten. Deze plicht betekent niet dat alle kaarten en tabellen met gegevens per wegvak in of met het besluit moeten worden overgelegd of ter beschikking worden gesteld. Voldoende is dat in of met het besluit duidelijk is gemaakt welke keuzes bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de

³¹ *In alle openheid: transparant algoritmegebruik door de overheid. Oproep voor een wettelijke transparantie-eis bij algoritmegebruik door de overheid 2023*, p. 6.

³² *Digitalisering wetgeving en bestuursrechtspraak 2021*, p. 15.

³³ Zie Wolswinkel 2022, paragraaf 4.1 voor een overzicht.

³⁴ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

³⁵ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3.

³⁶ ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.

maatwerk invoergegevens. Zo nodig kan de bestuursrechter de desbetreffende gegevens opvragen op basis van de artikelen 8:42 juncto 8:45, eerste lid, van de Awb.

Niet (zonder meer) uit eigen beweging, maar wel op verzoek, moeten standaardgegevens worden overlegd, zoals de standaardinvoergegevens, de bronafhankelijke gegevens, de basiskaarten en rekenmodellen. Dat geldt ook – en onder bepaalde voorwaarden voor andere maatwerkgegevens in de vorm waarin ze zijn ingevoerd, indien belanghebbenden aangeven voor de onderbouwing van hun beroep daaraan tevens behoefte te hebben.

Wolswinkel merkt op dat hoewel het toetsingskader van de Afdeling zoals ontwikkeld in de AERIUS-zaken aanvankelijk beperkt leek, dit inmiddels voldoende onder de aandacht is gekomen en navolging heeft gekregen, bijvoorbeeld in WOZ-zaken voor de Hoge Raad.³⁷

In het geval van de SyRI-uitspraak was sprake van een soort monitoring- of profileringsysteem (*case-based* algoritme). Uit deze uitspraak blijkt dat voor de transparantieplichting niet noodzakelijk sprake hoeft te zijn van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Zo was voor de rechtbank Den Haag in de SyRI-uitspraak bij de toepassing van het transparantiebeginsel niet van belang of het gebruik van het systeem SyRI leidde tot oplegging van een bestuurlijke sanctie, omdat ook zonder een dergelijk besluit een risicomelding op basis van SyRI een aanmerkelijk effect had op het privéleven van de betrokkene. De rechter oordeelde hier dat in het bijzonder onvoldoende was voldaan aan de beginselen van transparantie, doelbinding en dataminimalisatie uit de AVG en dat op basis van de wetgeving onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar was hoe SyRI in de praktijk zou worden ingezet.³⁸

Archiefwet en Wet open overheid

Algoritmes en informatie over algoritmes zijn aan te merken als documenten in de zin van de Archiefwet. Dit betekent dat vastgelegde informatie over algoritmes op grond van artikel 4.1 van het wetsvoorstel Archiefwet 2021 duurzaam toegankelijk dient te worden gemaakt en gehouden conform de bewaartermijn van het geldende selectiebesluit.³⁹ Op grond van de Wet open overheid (Woo) kan eenieder een verzoek om publieke informatie richten tot een bestuursorgaan of een ander verantwoordelijkheids van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. De Woo hanteert daarbij hetzelfde document begrip als de Archiefwet, het moet gaan om een door een orgaan, persoon of college als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid van de Woo, opgemaakt of ontvangen schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan, die persoon of dat college. Dit betekent vervolgens dat - behoudens de uitzonderingsgronden genoemd in artikel 5.1 van de Woo⁴⁰ - vastgelegde informatie over algoritmes, zoals de broncode, openbaar moet worden gemaakt.⁴¹

Naast deze informatieverstrekking op verzoek, bestaat er thans nog geen wettelijke verplichting om informatie over algoritmes actief openbaar te maken. Hier wordt wel aan gewerkt in het kader van het wetsvoorstel over een algoritmeregister en in EU-verband in het kader van de AI-verordening die in onderhandeling is (zie hierna).

Samenvattend moet op grond van de AVG een belanghebbende dus actief inzicht worden geboden in onder andere of gebruik is gemaakt van (volledig) geautomatiseerde besluitvorming en/of profilering en tenminste in dat geval in nuttige informatie over de onderliggende logica en verwachte gevolgen voor de betrokkene. Op grond van de Awb moet een bestuursorgaan een logisch sluitende complete redenering geven over hoe een besluit tot stand is gekomen. In het geval van het gebruik van een algoritme in de besluitvorming, moet dan tenminste logisch gereconstrueerd kunnen worden hoe zo'n algoritme tot diens resultaat is gekomen. De AERIUS- en Blankenburguitspraken vereisen dat een bestuursorgaan actief een basis set aan de maatwerkgegevens aanbiedt en op verzoek ook alle andere op de zaak betrekking hebbende (standaard)gegevens. Tevens stelt de SyRI uitspraak dat een algoritme moet voldoen aan de beginselen van transparantie, doelbinding en dataminimalisatie uit de AVG en dat voldoende inzichtelijk en controleerbaar moet zijn hoe een algoritme in de praktijk wordt ingezet.⁴² Tenslotte biedt de Woo mogelijkheden om informatie over algoritmische besluitvorming verstrekt te krijgen.

³⁷ Zie Wolswinkel 2022, p. 209.

³⁸ Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020/236 m.nt. H.B. van Kolschooten (SyRI).

³⁹ Kamerstukken II 2022/23, 35968, nr. 7.

⁴⁰ Wolswinkel noemt tevens artikel 5.5 van de Woo dat ten opzichte van het inzage-recht van artikel 15 AVG een ruimere vangnetbepaling is. Zie Wolswinkel 2022, p. 202.

⁴¹ Zie in deze zin ook Wolswinkel 2022, p. 216.

⁴² De rechtbank toetst over de band van art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – aan het 'transparantiebeginsel' dat ten grondslag ligt aan de AVG.

8. Andere (lopende) beleidsacties

Voor een volledig beeld wordt hier weergegeven wat het beleid is van het kabinet en welke acties in gang zijn gezet of worden ondernomen om het gebruik van algoritmen door de overheid in goede banen te leiden en daar zoveel mogelijk transparant over te zijn.

In de Kamerbrief Hoofdlijnen voor het beleid voor de digitale samenleving⁴³ staat hierover onder meer:

“We regelen wettelijk dat algoritmes worden gecontroleerd op transparantie, discriminatie en willekeur, onder andere via de Verordening van de Europese Unie en het AI-verdrag waaraan door de Raad van Europa wordt gewerkt en we zetten nu al stappen waar dat kan. Een algoritmetoezichthouder bewaakt dit. We hebben een non-discriminatie by design handleiding ontwikkeld en een mensenrechten en algoritme impact assessment (IAMA), die we breed bij overheden gaan uitrollen.”

AI-verordening

De verordening waarnaar wordt verwezen in de werkagenda bevindt zich in de laatste fase van de onderhandelingen in Brussel. In december 2023 hebben de Europese lidstaten (Raad) en het Europees Parlement een voorlopig politiek akkoord bereikt over de uiteindelijke tekst.⁴⁴ Nu zal nog de technische uitwerking plaatsvinden tussen de instellingen. De verordening zal twee jaar na inwerkingtreding van kracht worden en schrijft voor dat aanbieders van AI-systemen met een hoog risico voor fundamentele rechten, de gezondheid en veiligheid een risico analyse en een technische conformiteitsbeoordeling om te controleren dat AI systemen aan de eisen van de verordening voldoen. Deze controles moeten zijn uitgevoerd, voordat het systeem op de markt wordt gebracht. Hiermee worden risico's voor mensenrechten dus al in de ontwikkelfase aangepakt. In het politiek akkoord is opgenomen dat aanbieders van op zichzelf staande hoog-risico AI-systemen met een risico voor fundamentele rechten, zoals systemen voor recruitment of dienstverlening deze systemen in een EU databank registreren, maar ook dat overheidsgebruikers zichzelf registreren als gebruiker van een hoog risico AI-systeem. Nederland heeft zich tijdens de onderhandelingen in de Raad ingezet voor deze en aanvullende transparantie bepalingen om de positie van burgers te versterken, bijvoorbeeld ook om te zorgen dat burgers informatie krijgen over de werking van een AI systeem. We wachten nu de definitieve tekst af.

AI-verdrag Raad van Europa

Sinds april 2022 werkt het comité voor Artificiële intelligentie (CAI) van de Raad van Europa aan het opstellen van een (kader) verdrag over Artificiële Intelligentie (AI), mensenrechten, democratie en de rechtsstaat. Gezien de grote overlap met de AI-verordening in EU-context, coördineert de Europese Commissie de onderhandelingen namens de EU als het gaat om onderwerpen in het (kader)verdrag die onder de exclusieve bevoegdheid van de EU vallen. Het doel van het RvE-instrument is het beschermen en bevorderen van mensenrechten, rechtsstaat en democratie. Nederland richt zich bij het AI-verdrag in het bijzonder op de extra waarborgen voor burgers en verbeterde rechtsbescherming: Nederland wil dat de inzet van AI, zeker door de overheid, waar mogelijk transparant is, en dat voor burgers duidelijk is of de overheid AI-systemen gebruikt bij het nemen of ondersteunen van besluiten, en dat informatie daarover zoveel mogelijk begrijpelijk is en proactief in gewone mensentaal wordt aangeboden. Als AI gebruikt wordt moet de rechtsbescherming daar niet onder lijden. Er moeten dus rechtsmiddelen zijn voor burgers, waarmee zij de geldigheid van een besluit door de overheid, of er nou AI is gebruikt of niet, aan kunnen vechten, en om een menselijke controle kunnen vragen.⁴⁵

Algoritmeregister

Vooruitlopend op de vaststelling en inwerkingtreding van deze verordening, wordt een wetsvoorstel voorbereid om bepaalde algoritmen verplicht te registreren in een algoritmeregister, mede ter uitvoering van diverse moties.⁴⁶ Het is van belang om die verplichting in samenhang te bezien met eisen uit de AI-verordening. De AI-verordening biedt een bijdrage om ongewenste effecten tijdig aan het licht te brengen en om de werking van algoritmen beter inzichtelijk te maken, maar de AI-verordening kent naar de huidige stand van zaken ook beperkingen. Ten eerste geldt de AI-verordening niet voor relatief simpele systemen, oftewel *rule based* systemen

⁴³ Brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Minister van Economische Zaken en Klimaat, de Minister van Justitie en Veiligheid en de Minister voor Rechtsbescherming van 8 maart 2022 over «Hoofdlijnen beleid voor digitalisering» (*Kamerstukken II 2021/22*, 26643, nr. 842, p. 8).

⁴⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>

⁴⁵ Zie de brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 6 maart 2023 (*Kamerstukken II 2022/23*, 21501-33 en 26643, nr. 1006, p. 4).

⁴⁶ Zie de brief van de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 21 december 2022 (*Kamerstukken II 2022/23*, nr. 26643, nr. 950).

van de overheid waarvan is aangetoond dat die ook ongewenste effecten met zich mee kunnen brengen. In de tweede plaats biedt de EU-database beperkte registratie (van documentatie) in een EU-database. In de derde plaats is het nog de vraag of de 'hoog risico' classificatie afdoende is om alle algoritmen die de overheid gebruikt en die burgers in aanmerkelijke mate kunnen treffen, zal bestrijken. In de komende twee jaar zal er een wetstraject plaatsvinden waarin keuzes gemaakt moeten worden.

Thans registreren diverse overheidsinstanties op vrijwillige basis informatie over hun algoritmen via <https://algoritmes.overheid.nl>. Naar verwachting zal de verplichtstelling samenvallen met de inwerkingtreding van de AI-verordening. Er zijn verder afspraken gemaakt met ministeries om voor het einde van 2025 in ieder geval algoritmes met hoog risico te registreren in het algoritmeregister.

Implementatiekader verantwoord gebruik van algoritmen

Het ministerie van BZK werkt aan het algoritmekader voor de inzet van algoritmes. Dat maakt voor overheden duidelijk welke eisen er gelden voor algoritmes en hoe ze ervoor kunnen zorgen dat hun algoritmes aan die eisen kunnen voldoen. Het algoritmekader heeft tot doel overheden te ondersteunen bij de verantwoorde inzet van algoritmen. Daartoe biedt het algoritmekader een overzicht van de belangrijkste normen en maatregelen waaraan voldaan moet worden, en normen en maatregelen die niet verplicht zijn maar als handreiking dienen voor het waarborgen van publieke waarden. Het kader geeft ook inzicht in de functies, rollen en verantwoordelijkheden met betrekking tot controle en toezicht. Het kader draagt uiteindelijk bij aan een zorgvuldige en verantwoorde inzet van AI en/of algoritmen.⁴⁷

Richtlijnen data-analyse en publieksvoorlichting

In het kader van actieve openbaarmaking en publieksvoorlichting heeft het ministerie van Justitie en Veiligheid de Richtlijnen data-analyse en publieksvoorlichting ontwikkeld.⁴⁸ De doelstelling van deze richtlijnen is het geven van handvatten ten behoeve van het ontwikkelen en het gebruiken van algoritmen door de overheid en ten behoeve van de publieksvoorlichting daarbij door overheden. Deze richtlijnen gaan op in het algoritmekader. Verder wordt actief ingezet op het publiceren van broncodes via <https://developer.overheid.nl/repositorys>.

9. Vragen in het kader van de waarborgfunctie van de Awb

Het gebruik van algoritmen neemt toe en dit past in een trend van almaar meer digitalisering, ook in de communicatie tussen overheid en burger. Voor veel mensen is zaken regelen met publieke dienstverleners niet eenvoudig. Voor veel mensen is zaken regelen met publieke dienstverleners niet eenvoudig. Daarom is het nodig dat de digitale dienstverlening wordt verbeterd én meer lokale plekken worden gerealiseerd waar mensen hierin worden geholpen. Dit gebeurt via de Informatiepunten Digitale Overheid (IDO's), waar informatie wordt gegeven over publieke dienstverlening en waar wordt uitgelegd hoe toegang verkrijgen tot de overheid werkt. Ook worden lokale netwerken versterkt door een ketensamenwerking te stimuleren tussen gemeenten, maatschappelijke partners en private partijen om digitale inclusie te bevorderen. Daarnaast worden overheidsbrede loketten ingericht waar mensen geholpen worden die iets moeten regelen met de overheid en hier zelf niet uitkomen. Voorbeelden hiervan zijn de praktijkinitiatieven in Amsterdam, Utrecht, Enschede en vanaf december jl. ook bij de regionale samenwerking WerkSaam Westfriesland. Hier heeft de medewerker tijd en ruimte om het gesprek te voeren met de burger en de beschikking over professionellijnen om betrokken uitvoeringsorganisaties (CAK, CJIB, DUO, IND, Dienst Toeslagen, SVB en UWV) snel te bereiken om tot een oplossing te komen. Begin 2024 volgt het advies over de effectieve inrichting van de loketten en te nemen vervolgstappen op basis van de lessen uit de praktijkinitiatieven en onderzoek.

Daarnaast wordt met het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb persoonlijk contact met de overheid gestimuleerd, bijvoorbeeld door bestuursorganen te verplichten om bij besluiten contactgegevens te vermelden. Hiermee wordt mede invulling gegeven aan de door de Tweede Kamer aanvaarde motie-Grinwis/Leijten, die vraagt om de opname van contactgegevens in correspondentie van bestuursorganen.⁴⁹ Verder is het van belang dat de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer in de Awb regelt dat burgers en bedrijven hun zaken die ze met de overheid moeten doen, digitaal kunnen afhandelen, maar de mogelijkheid om per post met de

⁴⁷ www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/06/30/implementatiekader-verantwoorde-inzet-van-algoritmen.

⁴⁸ www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2021/09/24/richtlijnen-voor-het-toepassen-van-algoritmen-door-overheden-en-publieksvoorlichting-over-data-analyses.

⁴⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 73.

overheid te communiceren blijft.⁵⁰ De Awb geeft burgers en bedrijven dus de keuze tussen de papieren of de digitale weg.⁵¹

Wat betreft het gebruik van algoritmen door de overheid kan het volgende worden opgemerkt. Het kabinet vindt het van groot belang dat er zoveel mogelijk transparantie is in het proces van ingebruikname en toepassing van algoritmen tot verantwoording over op basis daarvan genomen besluiten of inzet bij handhaving en toezicht. Bestuursorganen moeten zoveel mogelijk gebruik maken van het mensenrechten en algoritme impact assessment dat onderdeel wordt van het eerder genoemde algoritmekader. Dit kader helpt zoals eerder opgemerkt overheidsorganisaties om bij de inzet van algoritmen te voldoen aan de normen en wettelijke verplichtingen. Daarnaast wordt in aanloop naar een wettelijke verplichting bevorderd dat bestuursorganen hun algoritmen publiceren in eigen registers of het eerdergenoemde landelijke register. Zoals toegezegd in de Kamerbrief 'algoritmes reguleren'⁵² heeft CIO Rijk de departementen gevraagd een planning aan te leveren om het algoritmeregister gevuld te hebben in 2025. De departementen zullen uw Kamer over hun voortgang informeren. Conform de motie van Dekker-Abdulaziz van de Tweede Kamer zullen nieuwe hoog-risico AI-systemen direct worden geregistreerd door organisaties. Verder publiceren diverse bestuursorganen informatie over het gebruik van algoritmen op hun websites (zie paragraaf 6) waarbij vaak een koppeling wordt gelegd met het algoritmeregister, maar nog extra tekst en uitleg wordt gegeven.

Het voorgaande illustreert dat het huidige juridisch kader al diverse waarborgen biedt en dat er daarnaast allerlei relevante ontwikkelingen zijn. Dit roept de vraag op of het wettelijk vastleggen van bepaalde normen over algoritmische besluitvorming in de Awb noodzakelijk en wenselijk is en ook in de komende periode, mede gezien de ontwikkelingen in het kader van het algoritmeregister en de in onderhandeling zijnde de AI-verordening.

Uitgangspunt in deze discussie is de waarborgfunctie van de Awb. Van aanvang af ligt aan de Awb het uitgangspunt ten grondslag dat het bestuur rekening moet houden met de belangen en zienswijzen van de burger. Met dat doel creëert de Awb waarborgen voor de zogeheten ongelijkheidscompensatie van de burger ten opzichte van de overheid. Eén van die waarborgen is dat de overheid transparant handelen moet garanderen. Burgers (maar uiteraard ook bedrijven) moeten kunnen beschikken over informatie die zij nodig hebben om te kunnen beoordelen hoe een besluit tot stand is gekomen en welke afwegingen daarbij zijn gemaakt. Juist bij digitalisering is het daarbij van belang aan te sluiten bij het doenvermogen, dus rekening te houden met behoeften en realistisch ingeschatte mogelijkheden van de belanghebbenden op wie de Awb van toepassing is.

Zoals Wolswinkel schrijft in zijn preadvies, kunnen diverse vormen van transparantie worden onderscheiden in het kader van algoritmen. Bijvoorbeeld technische uitlegbaarheid (te begrijpen voor ICT-experts, zoals de broncode, de gebruikte datasets etc.), die staat tegenover uitlegbaarheid waarbij het erom gaat dat in begrijpelijke taal aan een mens kan worden uitgelegd waarom het AI-systeem een bepaalde beslissing neemt.⁵³ Die uitlegbaarheid kan een breed palet aan vormen aannemen, variërend van een algemene uitleg van hoe het algoritme werkt op een website tot hoe en wanneer een algoritme is gebruikt in het individuele geval en met welke uitkomsten.

De laatste vorm van uitlegbaarheid (individuele transparantie) betekent dat de geadresseerde van een besluit kan reconstrueren welke rol het algoritme heeft gespeeld bij de besluitvorming in het betreffende geval. Dit impliceert tevens dat algoritmes waarvan de uitkomsten niet controleerbaar en navolgbaar zijn niet voldoen aan de waarborg van transparant overheidshandelen. Het betekent ook dat gebruikte data en de uitkomsten van een algoritme tot op zekere hoogte beschikbaar dienen te worden gesteld (zie ook de eerdergenoemde AERIUS-jurisprudentie). Verder moet een rechtzoekende die zich beroept op de onjuistheid van het algoritme in staat zijn om aannemelijk te maken dat het algoritme bijvoorbeeld onjuist is of dat de toepassing daarvan leidt tot onevenredige gevolgen.

In het kader van deze individuele transparantie is relevant wat de toegevoegde waarde van bepaalde informatie is voor degene(n) tot wie het besluit zich richt. In het geval van bijvoorbeeld

⁵⁰ Dit volgt nu al uit artikel 2:14 Awb. Na inwerkingtreding van de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer volgt dat uit de artikelen 2:7 en 2:8 Awb (*Stb.* 2023, 183).

⁵¹ Zie ook o.a. Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 6-7, 40-41.

⁵² Kamerstukken II 2022/23, 26643, nr. 1056.

⁵³ Wolswinkel 2022, p. 178.

een meldplicht bij een besluit weet de belanghebbende in ieder geval dat algoritmen zijn ingezet. Zoals eerder opgemerkt is dat een opmaat naar controle en toetsing.

Bij de inzet van *rule-based* algoritmen bij besluitvorming door de overheid kan de vraag worden gesteld wat het verschil is met menselijke besluitvorming en in hoeverre dit nu eigenlijk problematisch is. In geval van volledig geautomatiseerde besluitvorming van gebonden bevoegdheden (zwart-wit regels) zou de uitkomst één op één hetzelfde moeten zijn als wanneer een mens de regels toe zou passen. De vermelding dat het besluit volledig geautomatiseerd tot stand is gekomen kan in dat geval mogelijk leiden tot onnodige onrust.

Indien sprake is van een gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvormingsproces, waarin het algoritme bijvoorbeeld een advies geeft, maar een mens de beslissing neemt, zou eveneens kunnen worden betoogd dat uiteindelijk de menselijke tussenkomst bepalend is en het verschil met het één op één door de mens toepassen van regels niet zo groot is. Doen de hiervoor in deze notitie genoemde problemen en risico's zich dan voor en nopen de grootschalige toepassingsmogelijkheden tot regulering? Dit is niet voor alle situaties een gegeven. Uit onderzoek blijkt wel dat sprake kan zijn van *automated bias* (kortom de mens is geneigd het advies van de computer te volgen).⁵⁴ Bij gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming kan worden ingebracht dat een aanvullende vorm van transparantie mag worden verwacht, namelijk over de wijze waarop invulling is gegeven aan menselijke tussenkomst en om te kunnen vaststellen of die interactie tussen mens en computer betekenisvol is geweest.⁵⁵ Bij een één op één vertaling van wetten en regels of gepubliceerd beleid in een algoritme ligt dat minder voor de hand.

Het voorgaande geeft aan dat een bepaalde afbakening in de informatie die proactief bij een besluit wordt aangeboden onvermijdelijk is. In vrijwel elk besluitvormingsproces van de overheid worden computersystemen ingezet. De toegevoegde waarde van transparantie rondom algoritmen zal vooral daar tot uitdrukking komen waar deze algoritmen een wezenlijke invloed hebben gehad op of bepalend zijn geweest voor de inhoud van het besluit. Bij een wat verder verwijderd verband zal de scheidslijn wel of niet significant soms lastig te trekken zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de toepassing van een algoritme bij toezicht en handhaving. Een kwestie die daarbij tevens speelt is dat het belang van toezicht en handhaving in sommige situaties moet prevaleren boven het belang van transparantie, bijvoorbeeld daar waar volledige openheid het toezicht en de handhaving ondergraven. Verder is de toegevoegde waarde van bepaalde informatie wellicht groter in de fase dat al rechtsmiddelen zijn ingesteld.

Op dit moment beschouwen de ministeries van Justitie en Veiligheid en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het thema algoritmen in de Awb nog onvoldoende uitgekristalliseerd om te beslissen al dan niet wetgevend op te treden (bijvoorbeeld door het op te nemen in de Awb).

Met het oog op de verdere gedachtenvorming over dit onderwerp worden uitvoeringsinstanties, decentrale overheden, de rechtspraak, andere belanghebbenden en belangstellenden uitgenodigd op het voorgaande te reflecteren, waarbij onderstaande specifieke vragen worden gesteld.

1. Wat zou de uitvoeringspraktijk, de rechtspraak en belanghebbenden in de zin van de Awb helpen om de individuele transparantie van algoritmegebruik bij besluitvorming in de zin van de Awb te bevorderen?
2. Wat wordt naast het huidige juridisch kader eventueel gemist in de Awb, gezien vanuit de waarborgfunctie daarvan en in het licht van de doelstellingen van deze wet?⁵⁶
3. Het kabinet vindt de Franse wetgeving over algoritmische besluitvorming interessante inspiratie. Bieden ontwikkelingen uit andere landen een goed voorbeeld, zoals de genoemde Franse wetgeving?^{57,58}

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld *Aandacht voor algoritmes* 2021.

⁵⁵ Zie in deze zin Wolswinkel 2022, p. 222, voetnoot 249. Hij geeft daarbij aan dat een en ander ook volgt uit de SyRI-uitspraak (NB het betreft een *case-based* systeem).

⁵⁶ Deze doelstellingen zijn van oudsher het bevorderen van de rechtseenheid, systematiseren en vereenvoudigen, codificatie van jurisprudentie en het regelen van onderwerpen die zich naar hun aard niet lenen voor regeling in een bijzondere wet.

⁵⁷ De Franse *Code des relations entre le public et l'administration*, uitgewerkt bij Decreet n°2017-330, bevat in de artikelen L311-3-1, L311-3-1-1 en L311-3-1-2, specifieke regels over het vermelden van algoritmische besluitvorming. De Franse wetgeving is te raadplegen via: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000034195878/2017-09-01>.

⁵⁸ In België is op 6 april 2021 het 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 (DOC 55 1904/001) ingediend. Dit wetsvoorstel bevat een met het Franse recht vergelijkbare regeling en beoogt de transparantie inzake het gebruik van algoritmen te waarborgen. Het wetsvoorstel is te raadplegen via: <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1904/55K1904001.pdf>.

Zoals in de inleiding van deze notitie is opgemerkt kan de geautomatiseerde inzet van algoritmen naast risico's ook maatschappelijk winst opleveren. Daarom vragen wij u tevens een reflectie op de volgende twee vragen:

4. Hoe kan de inzet van algoritmen bijdragen aan de waarborgfunctie van de Awb en het versterken van de menselijke maat?
5. Zou een eventuele aanpassing of aanvulling van de Awb daarvoor nodig zijn en zo ja welke?