

MEMO

Onderwerp : Reactie op Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Awb

Van : VNG

Aan : Ministeries van BZK en voor Rechtsbescherming

Datum : 12 april 2024

1. Inleiding

Op 1 februari jl. hebben de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en de minister voor Rechtsbescherming het *Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Awb* in consultatie gegeven. Dit document maakt als bijlage onderdeel uit van de consultatiestukken voor het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, maar er loopt een separaat consultatietraject voor. Wij maken graag van de geboden mogelijkheid gebruik om op dit document te reflecteren en berichten u als volgt.

2. Behoeftte aan wettelijke verankering

Het bestuursrecht is onder meer als gevolg van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb volop in beweging. Dit wetsvoorstel beoogt de waarborgen voor de ongelijkheidscompensatie van de burger ten opzichte van de overheid te versterken. In het wetsvoorstel doet de regering verschillende voorstellen om de dienstverlening door de overheid te verbeteren, het maatwerk en de menselijke maat in het bestuursrecht te versterken. Voorstellen voor normering van en rechtsbescherming tegen algoritmische besluitvorming (hierna ook genoemd: geautomatiseerde besluitvorming) ontbreken echter vooralsnog in het wetsvoorstel.

Het gebruik van algoritmen in besluitvormingsprocessen heeft de afgelopen jaren een hoge vlucht genomen en de verwachting is dat die ontwikkeling voorlopig niet stopt. Afgaand op het hoge aantal besluiten dat de overheid neemt, valt te voorspellen dat over enkele jaren verreweg de meeste overheidsbesluiten worden ondersteund door algoritmen en een groot deel daarvan volautomatisch wordt genomen. Dat geldt ook voor de gemeentelijke besluitvormingsprocessen. De inzet van algoritmen bij gemeenten loopt bij gemeenten uiteen, maar zal hoe dan ook de komende jaren toenemen.

Deze praktijk is fundamenteel anders dan de manier waarop bestuursorganen besluiten namen toen de Awb werd ontworpen en inwerking trad. Met de inzet van algoritmen tot stand gekomen overheidsbesluiten vallen weliswaar ook 'gewoon' onder de Awb. Daarbij is het in principe ook mogelijk de normen en procedures uit de Awb - met name algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het motiveringsbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel - via een contextuele benadering ook op algoritmische besluitvorming toe te passen. Maar het is de vraag of de huidige waarborgen voldoende zijn gelet op de vele en verschillende vraagstukken waarvoor algoritmische besluitvorming het bestuursrecht stelt. Wij menen van niet en vinden het aannemelijk(er) dat deze nieuwe manier van besluiten ook aanpassingen van de Awb vraagt.

De belangrijkste reden daarvoor is dat overheidsorganisaties op dit moment algoritmische besluitvorming op geheel uiteenlopende manieren (laten) inrichten. Dat was vroeger ook al wel zo, maar de schaal waarop dit gebeurt is nu vele malen groter dan vroeger. Daarmee is de potentiële impact ook vele malen groter. Die impact kan in hoge mate negatief zijn; een schandaal als de kinderopvangtoeslag heeft dat ook al laten zien.

Een toename van algoritmische besluitvorming kan dan ook steeds verdergaande mogelijke negatieve impact veroorzaken. Het is van belang om de inwoners van gemeenten daartegen te beschermen, en dat niet alleen reactief in het kader van rechtsbescherming maar juist ook aan de voorkant, in de primaire besluitvormingsfase, al te doen. Het is dus ook bij geautomatiseerde besluitvorming nodig om de ongelijkheidscompensatie van de burger tegen de overheid te versterken en daarvoor specifieke wettelijke waarborgen te creëren. Die waarborgen zijn veelal domeinoverstijgend en passen daarom volgens ons bij uitstek binnen het doel en de opzet van de Awb als algemene aanbouwwet (naast eventuele parallele in sectorale wetgeving op te nemen specifieke normen).

Vanuit de gemeentelijke uitvoering is het daarbij relevant om de waarden die de overheid met de inzet van algoritmische besluitvorming wil beschermen, te operationaliseren. Gemeenten krijgen hiermee duidelijke(re) grenzen in plaats van open normen of algemene beginselen van behoorlijk bestuur te moeten invullen. Het is wenselijk om hier zo weinig mogelijk ruimte te laten voor wettelijke interpretatie en om niet de rechtsontwikkeling door de bestuursrechter te hoeven afwachten alvorens verdere stappen te kunnen nemen. Het proces van algoritmische besluitvorming en daarbinnen de operationalisering van de waarden die we willen beschermen, verdient dus nadere wettelijke uitwerking.

We constateren dat die wettelijke uitwerking er nog niet ligt. Weliswaar is er aanpalende (Europese) wetgeving over dit onderwerp of lopen er initiatieven tot wetgeving daartoe. Maar dat is wetgeving met een specifiek bereik (zoals de AI-Verordening en het algoritmeregister) of wetgeving met het oog op de bescherming van een (of meer) specifieke publieke waarde(n) (AVG). Die wetgeving bestrijkt niet het gehele terrein van geautomatiseerde besluitvorming.

We stellen daarom voor in de Awb zelf, of in een onderliggende AMvB, regels over algoritmische besluitvorming op te nemen. We doen daarbij de dringende oproep om dit traject in samenhang met al lopende trajecten rondom het gebruik van algoritmen op te pakken uit te voeren. Dit om te voorkomen dat gemeenten straks in de uitvoering die samenhang noodgedwongen alsnog moeten aanbrengen.

3. Suggesties voor wettelijke bepalingen

Wij doen enkele suggesties voor de opname van wettelijke bepalingen zonder daarmee uitputtend te zijn over hetgeen wenselijk of nodig is om wettelijk vast te leggen.

Het volgens ons wenselijk democratisch te kunnen beoordelen en beslissen of een overheidsbesluit geautomatiseerd mag worden genomen. Dit voorkomt dat een dergelijke keuze alleen kan worden ingegeven door efficiëntie of kostenoverwegingen. Daarom doen we de suggestie wettelijk te bepalen onder welke omstandigheden (volledig) geautomatiseerde besluitvorming al dan niet is

toegestaan. Deze explicitering zou kunnen worden vormgegeven door geautomatiseerde besluitvorming afhankelijk te stellen van het bestaan van een wettelijke grondslag of beslissingsruimte voor het bestuursorgaan.

In het *Reflectiedocument* wordt aangegeven: 'In geval van volledig geautomatiseerde besluitvorming van gebonden bevoegdheden (zwart-wit regels) zou de uitkomst één of één hetzelfde moeten zijn als wanneer een mens de regels toe zou passen' (p. 12). Naar aanleiding daarvan merken we op dat dit alleen als steunend argument gebruikt mag worden voor de inzet van rule-based algoritmen, als die menselijke tussenkomst voor een burger dan ook in de bezwaarfase kan worden afgedwongen.¹ Daarom zou onze suggestie zijn daarover een afdwingbaar recht op te nemen.

4. Afsluiting

Wij hebben met bovenstaande reflectie beoogd als VNG een bijdrage te leveren aan de verdere gedachtevorming over algoritmische besluitvorming. We lichten onze reactie graag toe en zijn graag bereid een verdere bijdrage over dit onderwerp te leveren.

¹ Zie in dit verband ook de publicatie *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak* van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (p. 80).