

Aan:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
T.a.v. demissionair Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Dhr. H.M. de Jonge
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

en,

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. demissionair Minister van Justitie en Veiligheid, Mw. D. Yeşilgöz-Zegerius
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Leiden, 30 april 2024

Betreft: Algoritmische besluitvorming en de Awb

Excellenties,

Hierbij geeft het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) een reactie op de internetconsultatie over het Reflectiedocument over de algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht.

Fundamentele herbezinning Awb noodzakelijk

De impact van algoritmische besluitvorming en artificiële intelligentie op het bestuursrecht wordt onzes inziens schromelijk onderschat. Het NJCM wijst erop dat algoritmische besluitvorming een fundamentele wijziging voor het bestuursrecht betekent, en daarom als zodanig behandeld moet worden. Toepassing van algoritmes en artificiële intelligentie hebben het karakter van bestuursrechtelijke besluitvorming en rechtsbescherming veranderd. Daarom noopt de opmars van algoritmes en artificiële intelligentie onzes inziens tot een fundamentele herbezinning van het bestuursrecht en meer in het bijzonder van het besluitbegrip en daarmee samenhangende rechtsbeschermende procedures. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is weliswaar door de jaren op onderdelen aangepast aan de digitale wereld, maar het is onvoldoende om het hoofd te bieden aan alomtegenwoordigheid van algoritmes die de rechtsbescherming van burgers aantasten.¹ Het NJCM pleit daarom voor een fundamentele herbezinning van de Awb.

Besluitvorming gebaseerd op AI onwenselijk

De machine en deep learning algoritmes, oftewel Artificial Intelligence (AI), is een proces dat zeer complex en niet transparant is bij bestuurlijke besluitvorming. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, zijn op dit moment niet gegarandeerd bij besluitvorming waarbij enige vorm van algoritmes in de bestuurlijke besluitvorming wordt toegepast.

¹ Zie ook Raad van State 'Digitalisering Wetgeving en bestuursrechtspraak': Publicatie Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak - Raad van State, mei 2021.

Het NJCM onderschrijft de problemen die geschetst worden onder punt 5 van het reflectiedocument en acht algoritmische besluitvorming gebaseerd op machine en deep learning derhalve binnen het kader van de huidige Algemene wet bestuursrecht (Awb) onwenselijk. Algoritmische besluitvorming gebaseerd op machine en deep learning tast de rechtmatigheid van het Awb-besluit aan omdat 'menselijke' redeneerprocessen die leiden tot de nodige menselijke maat in het gedrag komen vanwege gebreken in of aan zorgvuldigheid, kenbaarheid, motivering en evenredigheid.

Burgers, rechters en wetgever equiperen

In onze rechtsstaat wordt het recht en de werking ervan steeds meer afhankelijk gemaakt van de werking van ICT-systemen. Door technologisering en digitalisering is de macht van de overheid en haar vermogen toegenomen. In de praktijk is het vooral het bestuur dat profiteert van technologisering en digitalisering; de burger, de rechter en de wetgever blijven achter. Op zijn minst zouden burgers, rechters en de wetgever meer geëquipeerd moeten worden met (technologische) instrumenten en middelen zodat vroegtijdig algoritmische besluitvorming aangevochten dan wel begrensd kan worden en op die manier meer effectieve rechtsbescherming geboden kan worden.

Het bovenstaande kan worden geïllustreerd aan de hand van de motie van de leden Kathmann en Six Dijkstra,² namelijk dat overheden alom algoritmes gebruiken om mensen te selecteren voor fraudecontroles op basis van risicoindicatoren. Tegen het gebruik van deze selectiecriteria - los van eventueel verder overheidshandelen - staan geen rechtsmiddelen open en wordt niet inzichtelijk gemaakt op basis van welke selectiecriteria de beslissing wordt gemaakt om brieven of beschikkingen uit te sturen. Het NJCM onderstreept het belang van effectieve rechtsbescherming en transparantie bij overheidshandelen en acht deze situatie onwenselijk. Het NJCM pleit tevens voor het introduceren en verankeren van een bestuursrechtelijke voorprocedurele klacht- en bezwaarrecht tegen dit soort algoritmische selectieprocedures in de preliminaire fase voorafgaand aan het primaire besluit. Dat kan bijvoorbeeld door onder elke brief en beschikking of via een overheidsapplicatie de betreffende burger te melden en/of te verwittigen dat er ten aanzien van een burger een (algoritmische) selectie plaatsvindt en/of heeft plaatsgevonden en daarbij duidelijk te maken welke selectiecriteria zijn gebruikt. In het verlengde hiervan acht het NJCM het noodzakelijk om voor rechters de bevoegdheid te creëren om de rechtmatigheid van de selectie ambtshalve indringend te toetsen.

Menselijke tussenkomst

Voor geautomatiseerde besluitvorming gelden strenge regels. Artikel 22 lid 1 Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) behelst een verbod op geautomatiseerde besluitvorming.³ Lid 2 van artikel 22 AVG geeft een uitzondering op dit verbod, namelijk indien en voor zover daar op nationaal niveau een wettelijke grondslag voor is. De Nederlandse wetgever heeft gemakshalve een algemene wettelijke uitzondering opgenomen in artikel 40 Uitvoeringswet AVG (UAVG) voor besluitvorming die geen profilering inhoudt. Het NJCM verzet zich sterk tegen deze categorale uitzondering. Door deze weeffout worden nu de individuele toepassingsvraagstukken onvoldoende doordacht. Het maken van een uitzondering zal per domein beoordeeld moeten worden en daarna afgebakende stipulatie moeten krijgen in een wettelijke regeling.

² Motie Kathmann en Six Dijkstra, TK 2023-2024, 26643, nr. 1157.

³ Dit artikel bepaalt dat "de betrokkene het recht heeft 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."

Daarbij komt dat overweging 71 AVG stelt dat het recht op menselijke tussenkomst altijd een vereiste is wanneer er sprake is van een uitzondering op het verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming. Echter, artikel 40 lid 3 UAVG bepaalt dat, indien de verwerkingsverantwoordelijke geen bestuursorgaan is, passende maatregelen in ieder geval het recht op menselijke tussenkomst behelzen. Als de verwerkingsverantwoordelijke wél een bestuursorgaan is, dan is er volgens de UAVG dus geen recht op menselijke tussenkomst. Het uitsluiten van een recht op menselijke tussenkomst is daarmee strijdig met overweging 71 van de AVG.

In antwoord op de vraag wat er naast het huidige juridisch kader eventueel gemist wordt in de Awb, bezien vanuit de waarborgfunctie daarvan en in het licht van de doelstellingen van de Awb, acht het NJCM een recht op menselijke tussenkomst bij algoritmische besluitvorming door bestuursorganen noodzakelijk.

Daarbij komt dat menselijke tussenkomst “moet worden uitgevoerd door iemand die bevoegd en bekwaam is om het besluit te veranderen. Hij moet alle relevante gegevens in zijn analyse betrekken”.⁴ Menselijke tussenkomst zal moeten worden uitgevoerd door een persoon die niet slechts juridisch maar ook technisch bekwaam is, een persoon die voldoende tegenwicht kan bieden aan algoritmische systemen. Nu de inzet van AI vaak gepaard gaat met bezuinigingen en bekwaam personeel schaars is, schuilt juist in (het gebrek aan bekwaam) menselijke tussenkomst één van de grootste risico’s voor het waarborgen van de naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Profilering

In het reflectiedocument ontbreekt volgens het NJCM de fundamentele voorvraag of algoritmische besluitvorming door middel van profilering überhaupt mag worden toegepast. Art 40 lid 1 UAVG biedt immers geen uitzondering voor profilering. Het begrip profilering moet autonoom worden uitgelegd en daarvan kan snel sprake zijn, wat blijkt uit artikel 4, aanhef en onder 4 en overweging 71 AVG. In een recent advies van de Landsadvocaat (12 maart 2024⁵) wordt dit duidelijk gemaakt aan de hand van selectiecriteria die door de Belastingdienst (nog steeds) worden gebruikt. Een groot deel van deze criteria valt volgens de Landsadvocaat onder de definitie van profilering en is daarmee in strijd met artikel 22 lid 1 AVG.

Jaarverslag Raad van State

Het NJCM vraagt ook bijzondere aandacht voor het recent gepubliceerde jaarverslag van de Raad van State.⁶ In het kader van het gebruik van algoritmes, concludeert de Raad van State onder meer dat het van belang is om:

- wanneer de overheid gebruik maakt van nieuwe technologische mogelijkheden, altijd het algemeen belang moet worden gediend; en
- bij het gebruik van nieuwe technologische mogelijkheden de grenzen van de beperkingen van grondrechten moeten worden gerespecteerd.

Bij het gebruik van algoritmes zal dus altijd moeten worden uitgelegd en verantwoord welke grondrechtelijke belangen een rol spelen. Ook zal moeten worden aangegeven op welke manier wordt verzekerd dat mensen autonoom genoeg blijven en dat voornoemde grenzen van de beperkingen van grondrechten zijn nageleefd.⁷

⁴ WG29 Richtsnoeren van 3 oktober 2017, p. 24

⁵ Advies Landsadvocaat, 12 maart 2024, Advies over geautomatiseerde selectietechniek.

⁶ Jaarverslag Raad van State 2023: Innoveren in de rechtsstaat.

⁷ <https://www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/overheid-moet-zich-niet-zomaar-verlaten-op-algoritmes-zegt-rvs>

Het NJCM onderschrijft deze conclusie volledig. Het reflectiedocument dient op dit punt nog nader aangevuld te worden.

Tot slot

Het NJCM hoopt dat u onze aandachtspunten en adviezen mee wilt nemen in uw evaluatie van het Reflectiedocument algoritmische besluitvorming en de Algemene wet bestuursrecht en is graag bereid nadere toelichting te verstrekken ten opzichte van deze brief.

Hoogachtend,



Kavita Hira

Voorzitter NJCM