

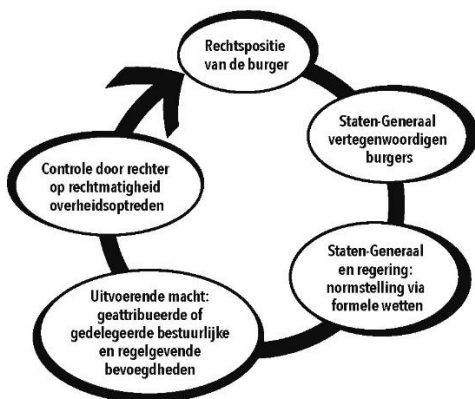
Discretionaire ruimte in de algoritmische *administrative state*: laveren tussen de *rule of law* en de *rule of code*

Jurgen Goossens & Jurgen de Poorter¹

1 Inleiding

1.1 Evolutie naar de *administrative state*

Het juridische kader van de rechtsstaat en de daarin gefundeerde *rule of law* liggen nog steeds stevig ten grondslag aan de organisatie en het functioneren van het Nederlandse staatsbestel. Binnen dit kader (inter)ageren constitutionele actoren in de ruime zin van het woord, gaande van (kiesgerechtigde) burgers tot politieke instituties, rechters, ngo's en de media. Fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat, zoals machtenscheiding, rechterlijke controle en het legaliteits- en democratiebeginsel, leiden tot een goed gekend speelveld van constitutionele actoren en verhoudingen (zie figuur 1).



Figuur 1. De democratische rechtsstaat

¹ Prof. mr. dr. J. Goossens is hoogleraar staatsrecht aan Universiteit Utrecht; prof. mr. dr. J.C.A. de Poorter is hoogleraar bestuursrecht aan Tilburg University.

In het Nederlandse stelsel van de representatieve democratie verkiezen de kiesgerechtigde burgers hun volksvertegenwoordigers en oefenen zo (indirecte) invloed uit op de normen die hun rechtspositie bepalen. De Staten-Generaal vertegenwoordigen immers het Nederlandse volk (artikel 50 Grondwet²) en doen daarbij samen met de regering aan normstelling via formele wetten. Op basis van deze normering kan vervolgens het bestuur de aan haar geattribueerde en gedelegeerde bestuurlijke en regelgevende bevoegdheden uitoefenen met een directe concrete impact op de rechtspositie van burgers en rechtspersonen. Het handelen van het bestuur als uitvoerende macht wordt in dit constitutionele model gecontroleerd en zodoende indirect gelegitimeerd door de (verkozen) wetgevende macht. Naast politieke verantwoording en controle wordt ook rechterlijke controle gehouden op de uitoefening van aan de uitvoerende macht geattribueerde of gedelegeerde bestuurlijke en regelgevende bevoegdheden, zodat effectieve rechtsbescherming kan worden gegarandeerd aan de burger tegen overheidsoptreden dat een impact heeft op zijn individuele rechtspositie.

De enorme expansie van overheidstaken en complexiteit in de sociale verzorgingsstaat hebben de voorbije decennia geleid tot de opkomst van de zogenaamde ‘*administrative state*’.³ Naast het toekennen van bestuursbevoegdheden om in individuele gevallen belangen af te wegen en beslissingen te nemen, heeft de formele wetgever ook in toenemende mate op basis van delegatie of open normstelling regelgevende bevoegdheden overgedragen aan het bestuur. Hierdoor verdwijnt de wezenlijke functiescheiding tussen de wetgevende en uitvoerende macht.⁴ Er is bijgevoel al langere tijd sprake van een zogenaamde ‘terugtrek van de wetgever’, waardoor het primaat van de wetgever onder druk is komen te staan en in vele domeinen eigenlijk achterhaald is. De verantwoording voor die terugtrek ligt meestal in de aanwezigheid van expertise bij het bestuur die de formele wetgever niet heeft. Tegelijkertijd is het de klassieke staatsrechtelijke redenering dat de veelvuldige en complexe belangenafwegingen door het bestuur niet van zodanig politieke aard zouden zijn dat enkel de wetgever deze belangenafwegingen zou kunnen verrichten, *zolang* de rechtstreeks democratisch gelegitimeerde wetgever zijn controlerende functie afdoende uitoefent.⁵ Dit bestuur(srechtelijk) model gebaseerd op de machtscheiding en de figuur van onrechtstreekse democratische legitimiteit staat evenwel in toenemende mate onder druk en kan ondertussen in talrijke

² Zie uitgebreid E.Y. van Vugt, *De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk. Een onderzoek naar de veranderingen in de betekenis van artikel 50 Grondwet tussen 1814 en 1983*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

³ P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, New York: Oxford University Press 2010; E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De constitutie van het bestuursprocesrecht’, in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2015, par. 4.

⁴ Raad van State, *Jaarverslag 2019. Evenwicht in de rechtsstaat een beschouwing*, Den Haag 2020, p. 6.

⁵ Hirsch Ballin 2015, p. 26-27.

domeinen zelfs eerder als een fictie worden aangemerkt.⁶ Vele beslissingen van bestuursorganen worden immers in de praktijk genomen zonder wezenlijke politieke sturing of controle, terwijl er wel een grote mate van discretionaire ruimte ligt bij het bestuur om de rechtspositie van burgers te bepalen.

Daarnaast is de taakopvatting en terughoudendheid van de Nederlandse bestuursrechter die zich traditioneel dient te concentreren op de buitengrenzen van de bestuurlijke bevoegdheid eveneens gebaseerd op het beginsel van de machtscheiding en de redenering dat het optreden van het bestuur gecontroleerd wordt door de democratisch gelegitimeerde wetgever. Indien de uitoefening van ruime discretionaire beslissingsbevoegdheden voor het bestuur niet afdoende wordt gecontroleerd en zodoende ook onvoldoende (onrechtstreeks) wordt gelegitimeerd door de wetgever, wordt de bescherming van de burger tegen overheidsoptreden uiterst precair op het moment dat tegelijk ook de rechterlijke toetsing terughoudend is. Zo ontstaat er een vacuüm in de rechtsbescherming.⁷ In dat opzicht wordt de afgelopen jaren dan ook volop een meer indringende toetsing bepleit, zodat dit vacuüm kan worden opgevuld.⁸

1.2 De opkomst van de algoritmische *administrative state*

De toename van deels of volledig geautomatiseerde besluitvorming op basis van de inzet van algoritmen zet de legitimiteit van bestuurlijk optreden binnen het hierboven geschetste kader echter nog verder onder druk.⁹ Er zijn dan ook grote uitdagingen op het vlak van controle door de democratisch gelegitimeerde wetgever als controle door de (bestuurs)rechter (zie paragraaf 2). Hoewel de literatuur ondertussen de probleemstelling en de gevolgen relatief helder in kaart heeft gebracht, valt er nog verder belangrijk werk te verrichten inzake het analyseren van de impact van discretionaire ruimte op de mogelijkheden tot automatisering en op de constitutionele verhoudingen in de zogenaamde '*algoritmische administrative state*'. De inzet van algoritmen leidt tot het automatisch uitvoeren van algoritmische beslisregels en dus computercode, wat beschreven kan worden als de '*rule of code*'. Binnen het kader van de '*rule of law*' speelt evenwel de mate van *discretionaire ruimte* en het borgen van zinvolle controle op bestuurlijk handelen in domeinen waar beslissingsruimte is toegekend een belangrijke rol.

⁶ Zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2015.

⁷ Hirsch Ballin, Ortlep & Tollenaar 2015.

⁸ J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB* 2019/2777, p. 3303-3312, i.h.b. p. 3306.

⁹ A.J. Meijer & S.G. Grimmelikhuijsen, 'Hoe het gebruik van algoritmen de legitimiteit van de overheid bedreigt en wat we hieraan kunnen doen', *Preadvies Staatsrechtconferentie 2020*, www.uu.nl/sites/default/files/Meijer%2C%20Grimmelikhuijsen%20-%20Preadvies%20Staatsrechtconferentie%202020.pdf.

Wanneer het bestuur discretionaire beslissingsruimte heeft, dient zij immers de betrokken belangen zorgvuldig af te wegen en op te treden rekening houdende met onder meer het evenredigheidsbeginsel. Dit houdt op basis van artikel 3:4 Awb een zorgvuldige belangenafweging in waarbij de gevolgen van een besluit voor belanghebbenden niet onevenredig nadelig mogen zijn in verhouding tot het doel dat het besluit nastreeft. Hoewel complexe, zelflerende algoritmische modellen een grote potentie inhouden om fijnkorrelige afwegingen te maken,¹⁰ is naast de kwaliteit van gebruikte data ook het borgen en uitvoeren van zinvolle (menselijke) rechtsstatelijke controle op de algoritmische uitkomsten van cruciaal belang. Dat is het geval wanneer algoritmen worden ingezet bij de uitoefening van een gebonden bevoegdheid en *a fortiori* ook wanneer algoritmische systemen worden toegepast bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. Ook nu al zet het bestuur bij besluitvorming op grond van een discretionaire bevoegdheid algoritmen in, zij het dat dit vooral gebeurt ter ondersteuning of ter voorbereiding van de (menselijke) besluitvorming. Het is echter zeker niet uitgesloten dat discretionaire bevoegdheden (in de toekomst) grotendeels worden uitgeoefend door zelflerende algoritmische systemen. Deze scenario's leiden tot praktische, ethische en juridische uitdagingen en er zal geregeld een spanningsveld zijn tussen de automatische uitvoering van algoritmische beslisregels aan de ene kant en het borgen van rechtsstatelijkheid van overheidsoptreden aan de andere kant (zie paragraaf 3).

Die spanning kan zich op verschillende wijzen openbaren. Een algoritme combineert vaak verschillende datasets met elkaar en dat kan bijvoorbeeld zorgen voor discriminatie. Een voorbeeld daarvan vormt de toeslagenaffaire waarbij de Belastingdienst/Toeslagen mensen met een dubbel paspoort op grond van die dubbele nationaliteit als mogelijke fraudeurs identificeerde. Het algoritme was zo vormgegeven dat het 'een tweede nationaliteit' namelijk als een risico voor fraude beschouwde.¹¹ Een andere wijze waarop het spanningsveld tussen automatische uitvoering van beslisregels en het borgen van de rechtsstatelijkheid van overheidsoptreden zich openbaart, is het risico op schending van de privacy. Een voorbeeld daarvan vormde de SyRI-zaak.¹² Het fraudedetectiesysteem SyRI (Systeem Risico Indicatie) verzamelde persoonlijke gegevens van burgers op basis waarvan het algoritme de mogelijkheid van fraude voorspelde. De Belastingdienst en het UWV gebruikten dit systeem om fraude met belastingen, toeslagen of uitkeringen op te sporen. De rechtbank Den Haag oordeelde uiteindelijk dat dit systeem in strijd is met het recht op respect voor het privéleven zoals opgenomen in artikel 8 EVRM. Het gebruik van algoritmen zet ook op andere wijzen het rechtsstatelijk overheidsoptreden onder druk. Zo is

¹⁰ C. Busch & A. de Franceschi, 'Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law', in: V. Mak, E. Tjong Tjin Tai & A. Berlee (red.), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham / Northampton, MA: Edward Elgar Publishing 2018, p. 413.

¹¹ Zie hierover J. Frederik, *Zo hadden we het niet bedoeld. De tragedie achter de toeslagenaffaire*, Amsterdam: De Correspondent Uitgevers 2021.

¹² Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

een algoritme, zeker wanneer het complexe, zelflerende algoritmen betreft, niet altijd inzichtelijk en uitlegbaar. Dat gebrek aan transparantie betreft niet alleen de algoritmische beslisregel als zodanig, maar bijvoorbeeld ook de vraag waar de gebruikte gegevens precies vandaan komen, de kwaliteit van die gegevens, hoe ze worden verzameld en gebruikt.

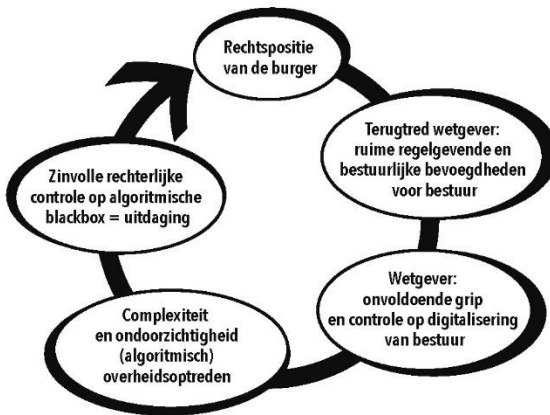
Ondanks deze spanningen valt te verwachten dat de inzet van algoritmen in bestuurlijke besluitvormingsprocessen binnen de *administrative state* enkel zal toenemen in de toekomst, en niet alleen wanneer het bestuur een gebonden bevoegdheid uitoefent waarbij de bevoegdheidsuitoefening relatief gemakkelijk kan worden geautomatiseerd aan de hand van eenvoudige algoritmische beslisregels. De wetgever en de rechter moeten in deze algoritmische *administrative state* dan ook hun verantwoordelijkheid nemen (zie paragraaf 4). De wetgever zal zich daarbij voldoende bewust moeten zijn van de impact die discretionaire ruimte heeft op processen van automatisering en de individuele rechtspositie van de burger. Hij zal hiernaar moeten handelen, zowel op wetgevend vlak als op het vlak van zijn controlerende functie. Vervolgens zal ook de rechter in het licht van het bieden van een effectieve rechtsbescherming aan de burger tegen overheidsoptreden in staat moeten zijn om over te gaan tot een effectieve en zinvolle rechterlijke controle, *a fortiori* wanneer er sprake is van een vacuüm zoals hierboven beschreven. Hiervoor dient de bestuursrechter de concrete invulling van beginselen en normen van behoorlijk bestuur te (her)interpreteren, zodat een zinvolle rechterlijke controle mogelijk wordt gemaakt en dient hij over een geschikt (wettelijk) instrumentarium van uitspraakbevoegdheden te beschikken.

2 Verantwoording van en controle op algoritmische besluitvorming

Zoals hierboven beschreven gaf toenemende complexiteit van de verzorgingsstaat in de twintigste eeuw aanleiding tot een terugtrek van de wetgever en de uitbouw van een *administrative state* waarin het bestuur in toenemende mate verregaande bestuurlijke én regelgevende bevoegdheden kreeg.

De eenentwintigste eeuw kan op haar beurt worden gekenmerkt door een enorme expansie van de informatiesamenleving en in het verlengde daarvan het ontstaan van de *algoritmische of digitale administrative state* (zie figuur 2). De mate van complexiteit en hoeveelheid aan overheidstaken is de voorbije decennia in die mate toegenomen dat ook het bestuur niet langer in staat is om enkel met menselijke capaciteit en expertise de complexe realiteit te reguleren en te besturen.¹³

¹³ Zie ook J. Goossens & J. de Poorter, 'Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies', in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving* (Bundel n.a.v. de Staatsrechtconferentie 2022), Breda: Wolf Legal Publishers 2022.



Figuur 2. De algoritmische administrative state

Tot de jaren zestig van de vorige eeuw konden we meestal nog gerust aannemen dat een bestuursorgaan samengesteld uit mensen door de wetgever toegekende bevoegdheden uitoefende. Een dergelijke veronderstelling kan in vele domeinen van overheidsoptreden al lang niet meer worden aangenomen.¹⁴ De sterk toenemende digitalisering van het bestuur in combinatie met het ‘black box’-karakter van technologie en de daarmee gepaard gaande informatie-asymmetrie die ontstaat ten opzichte van burgers, wetgever en rechter leiden tot belangrijke uitdagingen op het vlak van transparantie, uitlegbaarheid en controleerbaarheid van overheidsoptreden, waardoor constitutionele machtsverhoudingen en *checks and balances* verder onder druk komen te staan. Er is dan ook in toenemende sprake van een ‘(digitale) disbalans in de trias politica’.¹⁵ Het ‘black box’-karakter van algoritmische besluitvorming bemoeilijkt de controle door de democratisch gelegitimeerde wetgever evenals de rechterlijke controle. Het is in de algoritmische *administrative state* echter van cruciaal belang voor de (democratisch gelegitimeerde) wetgever om afdoende toezicht te houden op de totstandkoming, uitwerking en toepassing van algoritmische beslisregels door het bestuur.

De Nederlandse Strategische Agenda AI heeft in elk geval redelijk wat aandacht voor richtlijnen met betrekking tot een verantwoorde inzet van algoritmen door de overheid en het belang van toezicht daarop.¹⁶ Op het vlak

¹⁴ Zie A. Le Sueur, ‘Robot government: automated decision-making and its implications for parliament’, in: A. Horne & A. Le Sueur (red.), *Parliament: legislation and accountability*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 183-202.

¹⁵ C. Prins, ‘Digitale (dis)balans binnen de TRIAS’, *NJB* 2016/682, 909; R. Passchier, ‘Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica’, *Ars Aequi* 2020, p. 916-927.

¹⁶ Zie Kamerbrief van 7 oktober 2019 incl. bijlage over waarborgen tegen risico’s van data-analyses door de overheid, waarin minister Dekker de Tweede Kamer informeert over mogelijke wettelijke waarborgen om risico’s van data-analyses door de overheid tegen te

van de *politieke, democratische controle* heeft de tijdelijke onderzoekscommissie 'Digitale toekomst' van de Tweede Kamer op 28 mei 2020 haar eindrapport overhandigd met als doel meer zicht en parlementaire grip te krijgen op gewenste en ongewenste ontwikkelingen inzake digitalisering.¹⁷ De Tweede Kamer heeft op 6 oktober 2020 vervolgens de motie-Van der Molen c.s. aangenomen met als oogmerk de adviezen van de tijdelijke commissie Digitale toekomst over te nemen. Na aanneming door de Tweede Kamer van het amendement-Van der Molen c.s. op 25 februari 2021, werd een nieuwe vaste Kamercommissie, de commissie voor Digitale Zaken, in het nieuwe Reglement van Orde vastgelegd. De commissie DiZa richt zich op volgende zes thema's: 1) opkomende en toekomstige technologieën, 2) digitaal burgerschap en democratie, 3) digitale grondrechten en data-ethiek, 4) digitale infrastructuur en economie, 5) online veiligheid en cybersecurity, 6) digitaliserende overheid.

In de literatuur pleitten bijvoorbeeld Van Eck, Bovens en Zouridis ook voor de invoering van nieuwe vormen van democratische en rechtsstatelijke sturing van algoritmische besluitvormingsprocessen, zoals verplichte voorafgaande advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State of een ander adviesorgaan en een periodieke check van de rechtmatigheid van algoritmische beslisregels op basis van steekproeven door een interne of externe auditinstantie.¹⁸ In het regeerakkoord van kabinet-Rutte IV staat alvast een wettelijke regeling aangekondigd om algoritmes te controleren op transparantie, discriminatie en willekeur, wat de taak zou worden van een algoritme-toezichthouder.¹⁹

Zoals intussen bekend, zette de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) op 17 mei 2017 in de AERIUS I-uitspraak een belangrijke stap met betrekking tot de *rechterlijke controle* door de ontwikkeling van een toetsingskader voor algoritmische besluitvorming. De ABRvS oordeelde dat de betrokken ministers en de staatssecretaris de onderbouwing voor de gemaakte keuzes, aannames en beslissingen onvoldoende inzichtelijk hebben gemaakt met betrekking tot de inzet van het softwaresysteem AERIUS ter ondersteuning van besluitvorming in het kader van activiteiten die gepaard gaan met uitstoot van stikstof.²⁰ Er rust volgens de ABRvS een plicht op de overheid bij

gaan; zie ook de kabinetsreactie van 20 april 2020 op het onderzoek 'Toezicht op het gebruik van algoritmen door de overheid'.

¹⁷ Rapport tijdelijke commissie Digitale toekomst, *Update vereist. Naar meer parlementaire grip op digitalisering*, 28 mei 2020, www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/eindrapport_tijdelijke_commissie_digitale_toekomst_tweede_kamer_der_staten-generaal.pdf.

¹⁸ M. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018, p. 3008-3017.

¹⁹ VVD, D66, CDA en ChristenUnie, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021 – 2025*, 15 december 2021, www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst/coalitieakkoord-2021-2025.pdf, p. 33.

²⁰ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.4, *Computerrecht* 2017/256 m.nt. B.M.A. van Eck.

algoritmische besluitvorming om uit eigen beweging volledig, tijdig en op een passende wijze inzage te geven in de gemaakte keuzes, gebruikte gegevens en aannames. De ABRvS merkte aldus als het ware een recht op informatie en uitleg²¹ aan als noodzakelijk om een gelijkwaardige procespositie (*equality of arms*) te waarborgen en oordeelde dat het bestreden besluit gebrekkig was. Burgers moeten immers de juistheid van de gebruikte gegevens, gemaakte berekeningen en de daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen kunnen begrijpen, controleren, zo nodig inhoudelijk kunnen betwisten en een weloverwogen keuze kunnen maken of zij de overheid ter verantwoording roepen en een beroep doen op rechtsbescherming, aldus de ABRvS.

In AERIUS-II gaf de ABRvS verder invulling aan ‘op passende wijze’ en oordeelde dat de minister uit eigen beweging op papier of anderszins waarneembaar inzichtelijk moet maken op welke maatwerkinputgegevens een besluit is gebaseerd.²² De ABRvS besloot verder dat deze plicht geen betrekking heeft op alle gegevens, maar dat het voldoende is dat in of met het besluit duidelijk is gemaakt welke keuzen bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de maatwerkinputgegevens. Ten aanzien van de standaardinputgegevens is er dus geen verplichting tot openbaarmaking uit eigen beweging. Voor de niet-verplicht openbaar te maken maatwerkinputgegevens en de standaardinputgegevens geldt wel dat het bestuursorgaan deze op verzoek beschikbaar moet stellen of moet laten inzien. Het blijft natuurlijk een belangrijke operationele vraag hoe bestuursorganen zich in de praktijk kunnen organiseren om ‘by design’ volledig, tijdig en op een passende wijze inzage te verschaffen in de gemaakte keuzes, gebruikte gegevens en aannames.²³ Het louter ter controle beschikbaar stellen van gebruikte gegevens en het ontwerp van algoritmische modellen is daarbij noodzakelijk maar niet voldoende.²⁴ Complexiteit en ondoorzichtigheid worden immers versterkt door de wisselwerking tussen die twee in het algoritmische proces.²⁵

3 Laveren tussen de *rule of law* en de *rule of code*

Rechtsregels krijgen in concrete situaties betekenis door interpretatie en toepassing op rechtshandelingen of feitelijke gedragingen. Tot een paar decennia geleden was de toepassing van rechtsregels bij uitstek mensenwerk, waarbij elke

²¹ De Poorter & Goossens 2019, p. 3307.

²² ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.3.

²³ Zie C. van Oirsouw & J. Goossens, ‘Besturen met blockchain in de digitale netwerksamenleving: Het borgen en operationaliseren van transparantie en accountability’, *NTB* 2022/39, p. 78-90.

²⁴ Zie N. Diakopoulos, *Algorithmic Accountability Reporting. On the Investigation of Black Boxes. Report*, Tow Center for Digital Journalism, Columbia University 2016.

²⁵ J. Burrell, ‘How the machine “thinks”: understanding opacity in machine learning algorithms’, *Big Data & Society* 2016, afl. 3, p. 1-12.

toepassing een – nauwelijks waarneembare – herinterpretatie van de regel met zich kon brengen.²⁶ Bij simpele ‘als a, dan b’-algoritmen verdwijnt deze (menselijke) interpretatie en vindt de toepassing automatisch en steeds op dezelfde wijze plaats. Bij complexe algoritmische systemen op basis van artificiële intelligentie en big data-analyse wordt deze menselijke tussenkomst geheel of deels vervangen door een complexe berekening van de toepassing op een concrete situatie en rekening houdende met de relevante feiten en omstandigheden zoals die uit de rechtsregel zou voortvloeien op basis van eerdere toepassingen met vergelijkbare feiten en omstandigheden.²⁷ Bij algoritmische, deels of volledig geautomatiseerde besluitvorming moet dan ook voldoende aandacht zijn voor het gevaar op *automation bias*. Mensen kunnen bij het nemen van een beslissing immers geneigd zijn om de algoritmische output (cfr. “*computer says no*”) te volgen zonder voldoende oog te hebben voor afwijkende informatie.²⁸

Aangezien discretionaire beslissingsruimte een afweging door het bestuur vergt, vindt *volledig* geautomatiseerde besluitvorming in de praktijk vooral snog voornamelijk plaats bij strikt gebonden bevoegdheden.²⁹ Enkel artikel 22 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) voorziet bij verwerking van persoonsgegevens in dit opzicht in het eerste lid – onverminderd de uitzonderingen vermeld in het tweede lid – in een algemene beperking op volledig geautomatiseerde besluitvorming op basis van het recht niet te worden onderworpen aan een *uitsluitend* op geautomatiseerde verwerking, met inbegrip van profileren, gebaseerd besluit waaraan voor de betrokkene rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft. De toename van het gebruik van algoritmen en bijgevolg de gedeeltelijke of volledige automatisering van bestuurlijke besluitvormingsprocessen zet evenwel de zinvolle menselijke beoordeling onder grote druk. Verschillende algemene beginselen en concrete normen van behoorlijk bestuur kunnen hierdoor mogelijk geschonden worden, bijvoorbeeld de hoorplicht (art. 4:7 e.v. Awb), de plicht tot belangenafweging (art. 3:4 lid 1 Awb) in samenhang met het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb), het motiveringsbeginsel (art. 3:46 en 3:47 Awb), het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), de vergewisplicht (art. 3:9 Awb), de plicht af te wijken van een beleidsregel indien de gevolgen voor de belanghebbenden onevenredig zijn in verhouding tot het doel (art. 4:84 Awb), of

²⁶ E.M.H. Hirsch Ballin, *Advanced Introduction to Legal Research Methods*, Cheltenham/Northampton, MA: Edward Elgar 2020, p. 11-12; S. Benhabib, *Another Cosmopolitanism. Another Cosmopolitanism: Hospitality, Sovereignty, and Democratic Iterations* (Berkeley Tanner Lectures 2004), Oxford: Oxford University Press 2006, p. 48.

²⁷ J. Goossens, E.M.H. Hirsch Ballin & E.Y. van Vugt, ‘Algoritmische beslisregels vanuit constitutioneel oogpunt. Tweedeling tussen algemene regels en concrete toepassing onder druk’, *TvCR* 2021/12, p. 6.

²⁸ Zie R. Parasuraman & D.H. Manzey, ‘Complacency and Bias in Human Use of Automation: An Attentional Integration’, *Human Factors* (52) 2010, afl. 3, p. 381-410.

²⁹ N. Jak & S. Bastiaans, ‘De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Een black box voor een black box?’, *NJB* 2018, afl. 40, p. 3020.

de plicht tot individuele heroverweging in de bezwaarschriftprocedure (art. 7:11 Awb).³⁰

In het geval van discretionaire ruimte kan het bestuur beleidsregels aannemen om ervoor te zorgen dat de uitoefening van haar beslissingsruimte niet leidt tot willekeur, maar om ervoor te zorgen dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Daarnaast fungeren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als een tegengewicht ten aanzien van beslissingsruimte van het bestuur. Deze beslissingsruimte behelst enerzijds de vraag of aan de voorwaarden voor een rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid is voldaan (beoordelingsruimte) en anderzijds de toegekende vrijheid om al dan niet een bevoegdheid uit te oefenen (beleidsruimte). Hoewel het streven naar responsiviteit, de geleidelijke verschuiving van het overheids- naar het burgerperspectief en de aandacht voor maatwerk al lange tijd de aandacht hebben, staan sinds de toeslagenaffaire het borgen van evenredigheid, het rekening houden met de menselijke maat en de nood tot responsief bestuur (recht) hoog op de agenda voor bestuurlijke besluitvorming en rechtsbescherming.³¹ Automatisering kan echter leiden tot een “harde” toepassing van algoritmische beslisregels met geen of onvoldoende aandacht voor relevante feiten en omstandigheden die tot afwijking van de algoritmische output nopen in het concrete geval. Een bestuursorgaan moet evenwel rekening houden met het evenredigheidsbeginsel volgens hetwelk de nadelige gevolgen van een besluit voor belanghebbenden niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (artikel 3:4 lid 2 Awb). Daarnaast geldt er een verplichting om af te wijken van een beleidsregel wanneer die voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (artikel 4:84 Awb).

Vooraleer een zaak bij de bestuursrechter belandt, is er in beginsel eerst een bezwaarschriftprocedure en dus een heroverweging. Deze heroverweging dient niet enkel betrekking te hebben op de rechtmatigheid, maar moet binnen de grenzen van de wet ook betrekking hebben op kwesties van beleid.³² Het vereiste van een menselijke tussenkomst is in de Awb niet geregeld. Na een algoritmische primaire besluitvorming ligt menselijke tussenkomst bij het voorbereiden en nemen van de beslissing op bezwaar echter wel voor de hand. Het karakter van de bezwaarschriftprocedure en de vereiste volledige heroverweging biedt een uitgelezen kans voor het bestuursorgaan om de burger alle relevante informatie te verstrekken om te kunnen begrijpen welke rol de gebruikte data en algoritmen hebben gespeeld bij het besluitvormingsproces en

³⁰ Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 15.

³¹ Zie M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019, afl. 24, p. 246-253.

³² *MvT, Parl. Gesch. Awb I*, 347.

de uitkomst van het besluit.³³ Het is hiermee moeilijk tot niet verenigbaar dat de heroverweging van een algoritmisch besluitvormingsproces plaatsvindt door het dossier gewoonweg opnieuw door het geautomatiseerde systeem te halen.³⁴ De wet regelt dit echter niet.

Aangezien de evenredige toepassing van regelgeving op concrete situaties dus tot afwijking van algoritmische output kan nopen, moet een bestuursorgaan zich er terdege van bewust zijn dat de *'rule of law'* dus een zinvolle menselijke beoordeling kan vereisen waarbij de *'rule of code'* niet zomaar blindelings gevolgd kan worden. Het noodzakelijke laveren tussen de *rule of law* en de *rule of code* vereist bijgevolg het borgen van controle en zinvolle tussenkomst in bestuurlijke besluitvormingsprocessen. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State wees er al op dat een rechtmatig gebruik van algoritmische besluitvorming impliceert dat er altijd bestuurlijke interventiemogelijkheden moeten bestaan.³⁵ Het is evenwel de vraag in hoeverre bestuursorganen door de technische complexiteit van – vaak aan private ICT-bedrijven uitbestede – algoritmische modellen in staat zijn om zinvolle en effectieve controle uit te oefenen, wat ook geldt voor de politieke en rechterlijke controle achteraf.

4 Checks and balances: de wetgever en rechter aan zet

Voor het vinden van de balans tussen de *rule of code* en de *rule of law* is een inhoudsvolle politieke en rechterlijke controle onmisbaar. Het functioneren van deze politieke en rechterlijke controle kan echter niet worden losgezien van de context van de algoritmische *administrative state* waarin zij zijn gesitueerd. De inzet van algoritmische beslisregels en geautomatiseerde feitenvaststelling door de overheid zetten de institutionele verhoudingen in ons politieke en juridische systeem immers in zekere zin onder druk. Dat heeft vooral te maken met het vervagen van de fundamentele tweedeling tussen algemene regels en de concrete toepassing ervan via individuele beslissingen. In het geval van het gebruik van simpele, regelgebaseerde algoritmen zien we een patroon van gelede normstelling dat nog in sterke mate overeenstemt met ons traditioneel legaliteitsdenken. Het gaat dan om de situatie waarbij een in wetgeving en beleid vastgelegde algemene regel via een regelgebaseerd algoritme in het individuele geval wordt omgezet in een concrete uitvoeringsbeslissing. Naargelang de uitvoering van bestuursbevoegdheden echter in sterkere mate wordt verwezenlijkt op basis van case-based algoritmen, wordt het onderscheid tussen algemene regels en uitvoeringsbeslissingen minder herkenbaar. Case-based

³³ Zie ook Ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, 31 augustus 2018, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557, p. 14.

³⁴ Zie in vergelijkbare zin reeds CBB 15 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5735, en zie ook *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557, par. 3.4.

³⁵ *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, nr. 557, par. 3.4.

algoritmen zijn immers geen toe te passen rechtsregels, maar vormen op zichzelf de toepassing.³⁶

Artificiële intelligentie berekent in zo'n geval zelf de toepassing op basis van een aan eerdere gevallen ontleende set data. Casey en Niblett spreken in dit verband van 'microdirectives', namelijk een uitgebreide catalogus van commando's voor elk denkbaar scenario.³⁷ Deze *microdirectives* komen niet tot stand op grond van door democratisch gekozen organen vooraf vastgestelde algemene regels, maar worden gegenereerd door een zelflerend algoritme dat wordt gestuurd door vooraf bepaalde algemene uitgangspunten en beleidsdoelstellingen en dat gegrond is op gegevens ontleend aan een uit eerdere gevallen opgebouwde dataset. In de meest vergaande vorm van het gebruik van zelflerende algoritmische modellen kan de veelvuldige toepassing van case-based algoritmen zelfs leiden tot wat Casey en Niblett 'the death of rules and standards' hebben genoemd.

Zoals wij hiervoor hebben aangegeven, valt zeker niet uit te sluiten dat algoritmische beslisregels de uitoefening van discretionaire bevoegdheden geheel of gedeeltelijk overnemen. Naargelang de uitoefening van een discretionaire bestuursbevoegdheid in sterkere mate zal worden bepaald door artificiële intelligentie, heeft dat ook gevolgen voor de onderlinge verhoudingen tussen wetgever, bestuur en rechter. Zo heeft het afnemen van de centrale rol van algemene regels zijn invloed op de rechterlijke functie. Rechters hebben op dit moment in ons systeem immers een belangrijke functie in het kader van het interpreteren van algemene regels in het licht van de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Ook zijn rechters gewend om algemene regels te toetsen op overeenstemming met hoger recht. Wanneer duidelijk herkenbare, vooraf aangenomen algemene regels echter in toenemende mate in de toekomst zouden verdwijnen en worden vervangen door een aan voortdurende doorontwikkeling onderhevige case-based algoritmische bevoegdheidsuitoefening, dwingt dat tot een bezinning op de vraag hoe de rechter in die algoritmische context zijn machtskritische functie kan vervullen. Daarbij zullen fundamentele rechten en algemene rechtsbeginselen voornamelijk het instrumentarium voor de rechter vormen om de uitvoeringspraktijk aan een kritische toets te onderwerpen. Ook voor de verhouding tussen wetgever en bestuur zal een op case-based algoritmen gebaseerde uitoefening van discretionaire bevoegdheden niet zonder gevolgen blijven. Een verderzetting van deze evolutie zal immers hoogstwaarschijnlijk leiden tot een verdere terugtrek van de wetgever, waarbij in wetgeving wordt volstaan met het geven van een bevoegdheidsbepaling waarna het bestuur de bevoegdheid kan vertalen in een door middel van case-based algoritmen gegenereerde set van microregels. Deze ontwikkelingen doen dan ook politieke controle en verantwoording achteraf aangaande de vraag of de bevoegdheid inderdaad wordt uitgeoefend in overeenstemming met de doelstelling die de wetgever ermee voor ogen had, aan belang toenemen.

³⁶ Zie Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 3.

³⁷ A.J. Casey & A. Niblett, 'The Death of Rules and Standards', *Indiana Law Journal* (92) 2017, p. 1402.

In de Nederlandse bestuurspraktijk blijkt de besluitvorming vooralsnog alleen dan volledig geautomatiseerd plaats te vinden in gevallen waar het gaat om de uitoefening van gebonden bevoegdheden. Bij de uitvoering van discretionaire bevoegdheden worden algoritmen nu vooral nog ingezet ter ondersteuning of voorbereiding van de overigens menselijke besluitvorming. Een zinvolle menselijke tussenkomst is, zoals we hiervoor hebben betoogd, belangrijk, en niet alleen in de gevallen waarop artikel 22 AVG ziet. Shiffrin heeft er in dit verband terecht op gewezen dat de marginalisatie van het belang van in wetgeving en beleid neergelegde algemene regels het gevaar in zich draagt van het verlies van het morele aspect in de publieke besluitvorming.³⁸ Zinvolle rechterlijke en politieke controle achteraf zijn ook in dat opzicht van groot belang.

Bij situaties waarin de hierboven beschreven zinvolle menselijke tussenkomst niet gewaarborgd wordt en op onrechtmatige wijze niet wordt afgeweken van een algoritmische beslisregel, kan de *bestuursrechter* besluiten dat in een concreet geval met toepassing van artikel 4:84 Awb van een beleidsregel had moeten worden afgeweken. Daarnaast kan de bestuursrechter bij de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden waardoor in een concrete situatie afgeweken moest worden van de algoritmische beslisregel hoogstwaarschijnlijk overgaan tot vernietiging van het besluit op basis van het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel. Indien de toepassing van de algoritmische beslisregel tot onevenredige gevolgen leidt en de regel dus zelf een gebrek vertoont, kan dit in de *concrete* zaak leiden tot *onbruikbaarheid* van de algoritmische beslisregel en onrechtmatigheid van het daarop gebaseerde besluit. Voor de situatie waarin de bestuursrechter echter wordt geconfronteerd met een gebrekkige algoritmische beslisregel waarvan de toepassing duidelijk ook in andere gevallen leidt tot onrechtmatigheid, lijkt er volgens ons nood aan een wettelijke uitbreiding van de gereedschapskist van de bestuursrechter.³⁹ Het gaat dan om een regeling die de bestuursrechter in staat stelt om een *absoluut gebruiksverbod* op te leggen ten aanzien van een algoritmische beslisregel. Daarnaast lijkt het ons aangewezen de mogelijkheid voor de bestuursrechter in de Awb op te nemen om de werking van een algoritmische beslisregel gedurende een periode te (laten) monitoren om het collectieve effect door de toepassing van het algoritme in andere gevallen te evalueren. Duitsland kent een vergelijkbaar instrument, namelijk de door het Duitse constitutionele hof ontwikkelde *Beobachtungspflicht*, *Korrektur- und Nachbesserungspflicht*. Het Duitse hof gebruikt deze uitspraakbevoegdheid wanneer bij de constitutionele toetsing van wetgeving bijvoorbeeld onzekerheid bestaat over het effect dat die wetgeving heeft op grondrechten.⁴⁰

³⁸ S.V. Shiffrin, 'Inducing Moral Deliberation. On the Occasional Virtues of Fog', *Harvard Law Review* (123) 2010, afl. 5, p. 1222 en 1244.

³⁹ De Poorter & Goossens 2019, p. 3311-3312.

⁴⁰ Y. Choi, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln* (diss.), Hamburg 2002; H. Miernik, *Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers* (diss.), Leipzig 1997; C. Mayer, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Baden-Baden 1996, p. 69; W. Bernd, *Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten* (diss.), Mainz 1989; P. Badura, 'Die verfassungsrechtliche

Verder is het ook uitkijken naar de concretisering van de in het regeerakkoord aangekondigde wettelijke regeling tot introductie van een algoritmetoezichthouder die algoritmes zou controleren op transparantie, discriminatie en willekeur. Het lijkt ons daarnaast aangewezen dat de wetgever ook een onderzoeksplicht voor bestuursorganen introduceert om zelf het collectieve effect van algoritmen te monitoren. Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State verdient het tevens aanbeveling dat een bestuursorgaan ook ambtshalve onderzoekt of een bezwaarschrift een probleem zichtbaar maakt dat niet enkel incidenteel optreedt.⁴¹ Deze bovenindividuele onderzoeksplicht reikt verder dan de plicht tot zorgvuldige voorbereiding en deugdelijke motivering van het concrete besluit. Een dergelijke bovenindividuele onderzoeksplicht zou dan ook bij voorkeur wettelijk worden verankerd.⁴² Voor het borgen van *transparency and accountability by design*⁴³ kan de wetgever dus nog bijkomende verantwoordelijkheid opnemen,⁴⁴ vooral ook ter compensatie van het verlies aan indirecte zeggenschap van burgers over de algoritmische beslisregels die hun rechtspositie in concrete gevallen bepalen.⁴⁵

De grote mate van discretionaire ruimte in de huidige en zeker ook de toekomstige algoritmische *administrative state* vereist bijgevolg een versterking van de politieke controle en het voorzien van de nodige instrumenten voor een zinvolle rechterlijke controle. Het bestuur en de bestuursrechter moeten afdoende instrumenten krijgen om zinvol te laveren tussen de *rule of law* en de *rule of code*. De bestuursrechter moet in staat worden gesteld om bij gebrekkige algoritmische beslisregels de *rule of code* te laten wijken voor de *rule of law*, niet alleen in de voorliggende zaak maar door inzicht te krijgen op de toepassing in andere situaties, ook wanneer de beslisregel in andere gevallen tot onrechtmatigheid leidt. Zo kunnen noodzakelijke stappen worden gezet naar een effectieve bescherming van de burger tegen het machtige digitale bestuur en zo kan stilaan tot een hernieuwd evenwicht worden gekomen op het vlak van de '(digitale) (dis)balans in de trias' en de betrokken constitutionele verhoudingen.

Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen', in: FS Kurt Eichenberger, Basel 1982, p. 481.

⁴¹ Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, par. 3.4.

⁴² De Poorter & Goossens 2019, p. 3310-3311.

⁴³ Zie M. Veale, M. Van Kleek & R. Binns, 'Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-Stakes Public Sector Decision-Making', *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems* 2018, p. 440.

⁴⁴ R. van den Hoven van Genderen, 'Algoritmen en AI: distopische black box of glazen bol? Is een wettelijk kader voor transparantie van algoritmen mogelijk en wenselijk?', *Computerrecht* 2020/5, p. 30-39.

⁴⁵ Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 13.